

## נגישות האדם החי־שמת לצדק – הנחיות מקדימות לטיפול לאחר המוות

### ליעד סטרולוב\*

מאמר זה עוסק בנגישות של אדם לצדק בשלב של סוף חייו, ובפרט ביחס לטיפול בגופתו לאחר מותו. המאמר סוקר את הדין הקיים ביחס לטיפול בגופת אדם לאחר מותו, מחלץ מהוראות החוק ומהנהלים הדלים הקיימים בתחום, זכות משתמעת להיקבר וחובה משתמעת של המדינה לקבור את מתיה. כמו כן, מראה המאמר כי בדין הישראלי קיימת ברירת מחדל של קבורה, הלכתית (בהתאם לדתו או לעדתו של הנפטר) מקומית; כי לגופים ההלכתיים היהודיים המבצעים את הקבורה, חברות קדישא למיניהן, ניתן בדין הישראלי מקום של כבוד, וכן שהמצואות הפוליטית־חברתית בישראל, היא כזו שמכוונית את הפרטים בה לקבורה הלכתית מקומית, וזאת אף שחלופות אחרות – בכל אחד משלושת הרבדים – אינן אסורות בדין. טענת המאמר היא כי אף שאיש ואישה חופשיים לכאורה לבחור בחלופה לקבורה; בחלופה לקבורה דתית; וכן בחלופה לקבורה דתית מקומית – הסיכוי שיבחרו בחלופה שונה מברירת המחדל הוא אפסי, שכן במצב הקיים, אין לאדם דרך אמיתית להביע את רצונו ביחס לטיפול בגופתו לאחר מותו, וכן אין ביכולתו להבטיח כי רצונו ייאכף. המאמר מציע לפתור כשל זה בחקיקה מתאימה שתבסס כלי להבעת רצון רשמי ביחס לטיפול בגופת אדם לאחר מותו. הסדרה של כלי כזה תדרבן את הציבור לחשוב על החלופות העומדות בפניו, ולבחור מתוך מודעות את זו המתאימה ביותר לכל אחד ואחת. המאמר מפנה לכשל דומה שהיה

\* ליעד סטרולוב היא עורכת דין חברתית. מאז שנת 2013 מנחה ומנהלת את הקליניקה לזכויות ניצולי שואה וא.נשים בזנקה הפועלת כפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן באוניברסיטת תל אביב. אני מודה לעו"ד ועו"ס יעל הבסי־אהרוני, שמנהלת איתי את הקליניקה, על שנות עבודה משותפות ופורות, ועל השיח התמידי שתובנות ממנו מופיעות במאמר זה; לפרופ' עמרי ירלין, המנהל המקצועי של המערך הקליני, על הליווי בתהליך הכתיבה ועל הערותיו החשובות; לדניאל הטוול ולדולב הלל, סטודנטים בקליניקה בשנה"ל תשע"ו, שביחד איתם התחלתי את המחקר העוסק בסוגיית הקבורה בישראל, שתוצאותיו מופיעות במאמר זה, על החיפוש, המחקר והכתיבה; לאלעד רוזנווסר ולדור טאשה, סטודנטים בקליניקה בשנה"ל תשפ"ג שהמשיכו עימי את תהליך החשיבה על המאמר והעירו הערות חשובות; לרוני שקד, מאיה צפור בן צבי ודין שמרגד, חברי מערכת כתב העת מעשי משפט, ולאסתר סגל, עורכת המאמר, על קריאתו, על הליווי הרציני בעריכתו ועל הערותיהם החשובות. המאמר נכון לחודש נובמבר 2023.

קיים בעולם הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. במשך שנים רבות זקנים לא היו רשאים להביע רצון – לא בטרם מינוי אפוטרופוס בעניינם ולא לאחריו, ונשלטו על ידי קרוביהם, משרדי הרווחה, הרופאים ובתי המשפט ביחס למה שאלה סברו שהוא טובתם. ההסדרה של כלי תכנון משפטי לעת זקנה אשר מוצג במאמר, ושאותו אני מציעה לאמץ גם בסוגיית הטיפול לאחר המוות, יצרה שיח ציבורי ונתנה לאנשים בזקנה הזדמנות להרהר ולהביע רצון באשר לזהות המטפלים בהם, וכן לאופן הטיפול, לאחר אובדן הכשירות. אולם, יותר מהכול, היא העמידה את האוטונומיה שלהם ואת רצונם ביחס לטיפול שיוענק להם – במעמד עליון המקבל הגנה משפטית.

## מבוא

מאמר זה עוסק בנגישות של אדם לצדק בשלב קריטי של סוף חייו, הוא הטיפול בגופתו מייד לאחר מותו. לטענתי, במצב הקיים היום, אין לאדם דרך אמיתית להביע את רצונו – כפי שהיה קיים בחייו – ביחס לטיפול בגופתו לאחר מותו וגם לא דרך להבטיח את אכיפתו. מצב זה משול לכשל שוק שיש לפתור בחקיקה מתאימה, אשר תציב בפני כל אדם את האפשרויות העומדות לרשותו בנוגע לטיפול בגופתו ותייצר מנגנון יעיל שיאכוף את רצונו.

במסגרת העבודה בקליניקה פגשו סטודנטים אישה זקנה, ענייה ובודדה שילדיה הוציאו אותה מהבית והעבירו אותה למגורים בבית קטן ומוזנח. האישה סיפרה שיש לה חיסכון דל של אלפי שקלים בודדים שהיא לא משתמשת בהם למחייתה, אלא שומרת אותם למימון קבורתה בבית עלמין מרוחק. האישה לא שיתפה איש ברצונה ורק העלתה אותו על הכתב בפתק.

החשיבות שהעניקה אישה זו לגורל גופתה והאופן שבו חסכה את מעט הכסף שנותר לה לצורך העניין, הכתה אותי ואת הסטודנטים בתדהמה והובילה לדיון מרתק בכיתה, בין היתר בשאלה – שהיא הבסיס למאמר – האם הדין מעמיד לרשות האישה דרך הולמת להביע את רצונה בעודה בחיים ולוודא שרצון זה אכן ימומש? באותה השנה נתקלנו בקליניקה בשני סיפורים נוספים של זקנים אשר הביעו עניין ברור במקום הקבורה או באופייה. עם הסיפורים הללו יצאנו לדרך והתחלנו לברוק את תמונת המצב המשפטית – בירוקרטית בישראל בנוגע לזכותו של אדם לקבוע את גורל גופתו לאחר מותו, במטרה להציע דרך ראויה לטיפול לאחר המוות (להלן: טל"מ).<sup>1</sup>

במאמרה "עפר ואפר: חלופות לקבורה בישראל", מציעה עפרון פתרון לכשל השוק המתואר, וזאת על ידי הסדרה של חלופות לקבורה ועל ידי הכרה של המחוקק בעיקרון,

1 הבחירה המודעת להשתמש במונח "טיפול שלאחר המוות" נועדה לבטא הסתכלות רחבה על קשת האפשרויות (גם אם היא תיאורטית) הניצבת בפני האדם המת.

שכבר אומץ בפסיקה, ולפיו רצון הנפטר באשר לטל"מ הוא הקובע.<sup>2</sup> לטענתי, הפתרון שהיא מציעה אינו מספק, משום שהוא מתעלם מכך שאין בנמצא כלי משפטי שמאפשר לאדם להביע את רצונו, באופן שייאכף בפרק הזמן הקצר שחולף בין מותו לבין קבורתו. ללא מנגנון משפטי משוכלל כזה, שאותו מציע המאמר, הרצון של הנפטר נשלט על ידי גורמי הקבורה ו/או על ידי קרובי המשפחה של הנפטר וצפוי להמשיך ולהתגלגל לפתחם של בתי המשפט.

כלומר, הכשל שעליו מצביע המאמר נובע בעיקר מפרק הזמן הקצר החולף מרגע המוות עד מועד הקבורה. בניגוד לירושה, שההליך למימושה עשוי להימשך על פני תקופה ארוכה לאחר המוות, באופן שמאפשר קיום של הליך מורכב לבירור רצון המת, בכל הנוגע לאופן הטיפול בגופה קיימת מגבלת זמן המונעת דיון עמוק ברצון של הנפטר. כשל דומה היה קיים בעולם הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, שכן שנים רבות זקנים לא היו רשאים להביע רצון – לא בטרם מינוי אפטרופוס בעניינם ולא לאחר מכן. נדרשו ארגוני זכויות זקנים, כתיבה אקדמית ופעילות של קליניקה משפטית כדי לשנות את החוק ולבסס זכות למימוש הרצון של התלוי כפי שהיה לפני איבוד כשרותו המשפטית. ההסדרה של כלי תכנון משפטי לזקנה, יצרה שיח ציבורי ונתנה לאנשים בזקנה הזדמנות להרהר ולהביע רצון באשר לזהות המטפלים בהם, וכן לאופן הטיפול, לאחר אובדן הכשירות. מאמר זה קורא לצעוד בכיוון דומה גם בכל הנוגע לטל"מ.

בפרק א' של המאמר אציג את המציאות המשפטית בנוגע לזכויות הפרט וחובות המדינה ביחס לטל"מ בכלל ולקבורה בפרט; דרך שרטוט הדין הקיים בישראל, ודרך דיון בבירור המחדל של קבורה ובחלופות, אעמוד על הפער בין הזכות לבחור בטל"מ חלופי לקבורה, לבין היעדר האפשרות הסטטוטורית לתת הנחיות בעניין ולהוציאן לפועל, ואטען כי בהינתן פער זה אין באמת זכות לבחור בטל"מ שונה, אלא לכל היותר קיימת חירות בלבד.<sup>3</sup> עוד אטען, כי המציאות המשפטית מייצרת הסללה לטיפול ספציפי ואחד במת, והעובדה שלא קיימת דרך רשמית להביע רצון אחר מקשה על אדם לבחור בטל"מ שונה.

2 יעל עפרון "אפר ועפר: חלופות לקבורה בישראל" חוקים יז 213, 214-215 (2022) (להלן: עפרון "אפר ועפר").

3 זכויות משפטיות הן חלק מאבני הבניין הבסיסיות של החוק. זכות וחירות הן מונחים שפילוסופים רבים וגדולים מתחום המשפט הגו וכתבו עליהם. וסלי ניוקומב הופלד מזקק ארבע עמדות משפטיות שונות הנכללות במונח "זכות" כפי שהוא משמש במשפט: תביעה, חיסיון, כוח וחסינות. כל עמדה מציינת סוג של יחס נורמטיבי בין סובייקט לאובייקט (מתוך Ori Herstein, *Legal Rights*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHIL. (2023), <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/legal-rights/>>), (להלן: אנציקלופדיית סטנפורד). במאמר אשתמש במונח חירות בהתאם להסבר הבא: חירות שלילית משמעותה היעדר מכשולים, מחסומים או אילוצים. חירות חיובית היא האפשרות של אדם לפעול באופן שיאפשר לו שליטה על חייו ויסייע בהגשמת העצמי האישי שלו, וכל עוד פעולתו חוקית. כלומר חופש/חירות במאמר הם מונחים שמתייחסים לפעולות שאותן איש.ה רשאי.ת לעשות, במובן הזה שהמעשה אינו אסור. במונח זכות אשתמש כשאתייחס לפעולות שאיש.ה – לא רק רשאי.ת לעשותן, אלא שיש לו.ה (או ראוי שתהיה) בעניינן גם זכות מול מוסדות המדינה.

בפרק ב' אציג את ברירת המחדל הנהוגת והחלופות לה. בפרק ג' אדון במציאות בשטח ובסיבות שבעטיין קבורה דתית מקומית היא הטל"מ הנפוץ ביותר בישראל. בפרק ד' אבחן אם קיימת זכות לבחור בטל"מ שונה מברירת המחדל, וככל שכן אבחן את הערך המוגן על ידה. אדון בשאלה האם הזכות לבחור בטל"מ היא של האדם שנפטר או של קרוביו וממשיכיו לאחר מותו. דיון זה יוביל למסקנתי הסופית, והיא כי הזכות לבחור טל"מ שייכת לאדם החיישמת, וכי אין משמעות לזכות זו מבלי שתינתן לאדם נגישות נוחה למנגנונים שיאפשרו לו לממש. בפרק האחרון אציע את הדרך הראויה לטעמי לתקן את כשל השוק המתואר במבוא ולאפשר לאדם לממש את רצונו ביחס לטיפול שיינתן לגופתו לאחר מותו.

### א. חובת קבורה והזכות להיקבר בישראל

בעניין אלאקסא<sup>4</sup> קבעה השופטת פרוקצ'יה כי "לאדם עומדת זכות ללוויה מכובדת, ולקבורה ראויה, שיתנו ביטוי לכבודו בחייו ובמותו. הזכות להיקבר בכבוד חוסה תחת כנפיה של הזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". אולם, כפי שלימדנו הופלד,<sup>5</sup> כאשר יש לאדם זכות, חייבת להיות למאן שהוא חובה לקיים זכות זו. אולם, הן דברי השופטת פרוקצ'יה והן החוק בישראל לא מצביעים על מי מוטלת החובה לקיים זכות זו, ולכן נראה כי מדובר בזכות ערטילאית בלבד.

באופן כמעט מפתיע, אין במשפט הישראלי הוראה כללית המחייבת את המדינה לקבור את מתיה. יש לכך שלושה חריגים:<sup>6</sup> סעיף 4 לחוק בתי קברות צבאיים<sup>7</sup> קובע חובה להביא חייל שנפטר לקבורה בבית דין צבאי אלא אם כן התבקש אחרת על ידי קרובו; סעיף 5 לחוק האנטומיה והפתולוגיה<sup>8</sup> קובע כי יש לקבור גופה בתום שנה מקבלתה בבית הספר לרפואה, בהתאם לדיני העדה שאליה היא משתייכת, וכן כי בית הספר לרפואה נושא בהוצאות הקבורה; וחוזר מנהל רפואה 24/2014 קובע חובה לקבור נפלים, עוברים, תינוקות רכים וחלקי גוף אדם.<sup>9</sup>

מחוקים אלה עולה כי חובת הקבורה לא עומדת בפני עצמה אלא מובאת תמיד ביחס למשהו. חוק בתי קברות צבאיים קובע חובת קבורה של חייל, אך עושה זאת דרך התייחסות למיקום הקבורה, ובחוק האנטומיה והפתולוגיה חובת הקבורה מובאת כדי להתייחס לדיני העדה הדתית של הנפטר והם מרכז הסעיף.

4 בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp (נבו 29.10.2008) (להלן: עניין אלאקסא).

5 אנציקלופדיית סטנפורד, לעיל ה"ש 3.

6 עפרון "אפר ועפר", לעיל ה"ש 2, בעמ' 215.

7 חוק בתי קברות צבאיים, התש"י-1950.

8 חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953.

9 ס' 4 לחוזר מנהל רפואה מס' 24/2014 "טיפול בנפלים, עוברים רכים, תינוקות רכים וחלקי גוף אדם" (23.6.2014). מאחר שדברים אלה נקבעו בחוזר מנכ"ל, ומאחר שמדובר במי שמלכתחילה אינם יכולים להביע רצון ביחס לטל"מ, לא אמשיך להעמיק במצבים אלה במסגרת המאמר.

ייתכן שניתן ללמוד על חובת קבורה כללית, באופן משתמע, מסעיף 8 לפקודת בריאות העם, שם נקבע כי "אין קוברים מת לפני עובר שלוש שעות משעת פטירתו, ולא אחרי עובר ארבעים ושמונה שעות לאחר פטירתו, אלא אם התיר רופא ממשלתי במפורש קבורה מאוחרת יותר". הסעיף אומנם לא קובע חובת קבורה, אך הוא קובע שאין רשות לקבור אדם אלא בפרק הזמן שבין שלוש שעות לאחר מותו לבין 48 שעות לאחר מותו (אלא אם כן התקבלה ארכה מרופא ממשלתי). מכיוון שלא סביר להניח שהמחוקק כיוון לכך שאין לקבור אדם שלא נקבר בפרק הזמן הזה, אזי ככל הנראה כוונת הסעיף היא שקיימת חובה לקבור אדם בפרק הזמן הזה. ודוק: הפקודה אינה מגדירה את הגורם שעליו מוטלת החובה וגם לא קובעת את הסנקציה על הפרתה. מסעיף 8 האמור ניתן ללמוד כי אם קרובה מעוניינת להעניק טל"מ שונה לנפטר, עליה לפעול במהרה, או לחלופין לקבל הארכה מרופא ממשלתי, שאם לא כן, סביר כי הנפטר ייקבר בקבורה דתית.

לסיכום נקודה זו, אין בישראל הוראת חוק הקובעת חובת קבורה מפורשת ועצמאית מבלי להתייחס באותה הנשימה למועד הקבורה, למקום הקבורה או לדיני הקבורה עצמם. הוראת חוק נוספת שממנה ניתן אולי ללמוד על חובת קבורה היא ההוראה של חוק הביטוח הלאומי,<sup>10</sup> המתייחסת לדמי הקבורה וקובעת את התנאים לתשלום של המדינה לחברה קדישא או לתאגיד קבורה אחר בגין קבורה של אדם.<sup>11</sup> כמו כן, תקנות הביטוח הלאומי<sup>12</sup> קובעות חובת תשלום דמי הקבורה לתאגידי הקבורה מהמוסד לביטוח הלאומי בהתאם להסכם שנחתם בין השניים; את גובה התשלום; וכן מתייחסות לכספים שתאגיד קבורה רשאי לגבות מקרובי הנפטר בהתאם לאופי הקבורה.<sup>13</sup> כלומר, ייתכן שמעצם העובדה שחוק הביטוח הלאומי מגדיר את סכום המקסימום שרשאי תאגיד קבורה לגבות, ניתן להסיק שתאגיד הקבורה חייב גם לספק את שירותי הקבורה לכל אדם שנפטר. ומכיוון שלתאגיד הקבורה יש חובה לספק שירות זה, אולי ניתן ללמוד מכך גם על זכותו של אדם לקבל שירות קבורה כזה.

חוק נוסף שמתייחס לסוגיה, ואשר ממנו אפשר ללמוד, בעקיפין, דווקא על הזכות להיקבר, הוא חוק שירותי הדת היהודיים,<sup>14</sup> המתייחס לאופני הקבורה ההלכתיים היהודיים ולזכויות של יהודים בכל הקשור לרכישת חלקת קבר בחיים. באופן משתמע, ניתן לטעון שמעצם הזכות לרכוש חלקת קבר גם עולה הזכות, של אדם יהודי, להיקבר בחלקה זו,

10 חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי).  
 11 ס' 266-267 לחוק הביטוח הלאומי קובעים חובה של המדינה לממן קבורה לאדם שנפטר בישראל ונקבר בה; לתושב ישראל שנפטר בחו"ל ונקבר בישראל; למבוטח שהובא לקבורה בחו"ל.  
 12 תקנות הביטוח הלאומי (דמי קבורה), התשל"ו-1976 (להלן: תקנות דמי קבורה).  
 13 היתר לגביית אגרת שירותים או תשלום אחר; היתר לגביית תשלום נוסף בשל הוצאות; וכן קובעות את דמי הקבורה הבסיסיים ואת התוספות.  
 14 חוק שירותי הדת היהודיים (נוסח משולב), התשל"א-1971 (להלן: חוק שירותי הדת).

ושהחובה שניצבת מול זכות זו היא של חברה קדישא.<sup>15</sup> בכל הנוגע לדתות ועדות אחרות, אותו עיקרון אומנם מוסדר, אך לא בחוקים כי אם בנהלים פנימיים של משרד הפנים.<sup>16</sup> לבסוף, ובאופן אבסורדי, החוק שמתקרב באופן המשמעותי ביותר להכרה בזכות להיקבר ובחובה לקבור הוא חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, הוא החוק שקובע את החלופה לקבורה הדתית. חוק זה מעגן את הזכות של אזרחי ישראל לקבורה כרצונם, ובתוך כך את הזכות להיקבר בבית עלמין אזרחי: "אדם זכאי להיקבר על פי השקפתו בבית עלמין אזרחי חלופי אם בחר בכך".<sup>17</sup> כלומר, החוק היחידי שבו כתוב באופן מפורש כי קיימת לאדם זכות להיקבר הוא חוק שעוסק בחלופה לקבורה דתית, אך ממנו ניתן ללמוד, בעקיפין, על זכות כללית כזו.

כשהחובה לקבור היא משתמעת, שירותית וחלקית, והזכות להיקבר, אף שאינה מוסדרת במפורש, נלמדת גם היא, בעקיפין, מכמה מקורות, נוצר ערפל משפטי, שאותו אנסה לפזר כך: להבנתי, כשמדובר בקבורה דתית, תאגידי הקבורה הדתיים והעדתיים מחויבים לקבור את הנפטרים הנמנים עם אותה הדת או העדה שהתאגידים הללו משרתים; כנגד חובה זו עומדת הזכות של כל נפטר לקבל שירותי קבורה מתאגידי אלה. לעומת זאת, כשמדובר בקבורה חלופית, אין אף גורם שחייב לקבור ואין לאף אדם זכות שיקברו אותו; עם זאת, קיימת לכל אדם חירות להיקבר, שכן לאף גורם אסור למנוע את הקבורה, וכן כפי שאסביר בהמשך, היום ובעקבות פסיקת בית המשפט, קיימת לאדם זכות לקבל מהמדינה החזר בגין הוצאות הקבורה.

15 הזכות לרכוש חלקת קבר בחיים מוסדרת בתיקון 18 לחוק שירותי הדת, במשתמע, ובמצעות התייחסות לתעריפי התשלום של תושבים יהודים ברכישת חלקת קבר בחיים, ובהתאם למדרג קריטריונים, החל מדוגמת תושב חוץ (אדם המתגורר בעיר מסוימת אך רוצה לרכוש חלקת קבר בעיר אחרת) המעוניין לרכוש חלקת קבר ישלם את התעריף הגבוה ביותר; דרך קביעת הזכות להנחה כאשר תושב יהודי מבקש לרכוש חלקת קבר ליד בן זוג מנוח, ועד לתעריף הנמוך ביותר כאשר תושב יהודי מבקש לרכוש חלקת קבר בחייו בשיטה של קבורה רוויה. ניתן לראות כי במוות, כמו בחיים, תעריפי ומחירי חלקות קבר נקבעים בהתאם למיקום הגיאוגרפי ולצפיפות האוכלוסין. אשר לקבורה רוויה יובהר כי גם על התרתה אנחנו למדים במשתמע מקיומם של תעריפי קבורה. קבורה רוויה מותרת על פי ההלכה היהודית, ולכן המחוקק אינו קובע מסמרות בעניין ומאפשר לחברה קדישא לפעול על פי חוקי ההלכה.

16 מבקר המדינה דוח מבקר המדינה מס' 70א' (2020) (להלן: דוח מבקר המדינה מס' 70א). דוח זה ביקר בין היתר את אי-הוסדרה של קבורת העדות הלא יהודיות. בהתאם לאמור בו (עמ' 182-200), בשנת 2003 הועברה האחריות על העדות הלא יהודיות מהמשרד לשירותי דת לאגף לעדות לא יהודיות במשרד הפנים, שהיה מחויב להסדיר רישוי ופיקוח על שירותי קבורה לעדות הלא יהודיות. סוגיה זו לא הוסדרה בחקיקה ולא בחקיקת משנה, והדברים מתנהלים מכוח נוהל פנימי של האגף לעדות לא יהודיות במשרד הפנים המעניק לחברות המטפלות בנפטרים רשות לפעול, וכך למעשה לקבל את דמי הקבורה מהמוסד לביטוח לאומי.

17 ס' 2 לחוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996.

## ב. ברירת המחדל – קבורה, דתית, מקומית – והחלופות

כפי שאראה בחלק זה של המאמר, אף שהחוק אינו מגדיר זאת מפורשות, באופן משתמע הוא קובע שלושה רבדים של ברירות מחדל לגבי אופן הטיפול בגופת המת. ברובד הראשון קובע החוק ברירת מחדל של קבורה; ברובד השני קובע החוק כי ברירת המחדל של הקבורה היא דתית (בכפוף לסייג אחד שעליו יורחב בהמשך); וברובד השלישי קובע החוק שהקבורה הדתית תתקיים בסמוך למקום המגורים של הנפטר או למקום פטירתו. מעבר לכך, קובע המחוקק כי המדינה תספק מימון מלא לטיפול לאחר המוות המקיים את שלוש ברירות המחדל הללו. להלן אציג את שלוש ברירות המחדל ואת החלופות להן:

### רובד ראשון: הקבורה וחלופותיה

בקובעו כי יש לקבור נפטר בתוך 48 שעות מרגע הפטירה, כופה סעיף 8 לפקודת בריאות העם על משפחת הנפטר מרוץ בירוקרטי שתחילתו ברגע הפטירה, וסופו, על פי רוב, בקבורה בבית עלמין בתוך פחות מ-48 שעות. לכן, אף שברירת המחדל של הקבורה לא קבועה מפורשות בחוק, בפועל, אלא אם כן יש בקשה לקבורה אחרת, יטופל הנפטר בדרך של קבורה. עפרון מראה כי אין כיום חקיקה המסדירה אלטרנטיבות אחרות לקבורה, אף שבפועל טכנולוגיות וחלופות כאלה קיימות<sup>18</sup> ובתי המשפט הכירו בהן במקרים שבהם הובע רצון לטל"מ חלופי כזה.<sup>19</sup>

כלומר, בהתאם לגישת בתי המשפט המובאת במאמרה של עפרון, כאשר רצון הנפטר עולה באופן ברור – יש לכבדו; אם לא – יש להתחקות אחריו בדרכים שונות; אם לא ניתן לעשות זאת, יש לפעול בהתאם לרצון קרוביו, ורק בסוף – לחזור למסלול הרגיל של ברירת המחדל – קבורה.<sup>20</sup>

### רובד שני: קבורה דתית וחלופותיה

לאחר שביססנו קבורה כברירת המחדל, אעבור לרובד השני של ברירת המחדל והוא אופן הקבורה. במקרה של פטירת חייל, ברירת המחדל היא קבורה צבאית בבית עלמין צבאי, תחת סייג המאפשר בחירה בקבורה אחרת אם קרוב משפחתו מעוניין בכך. הזכות

18 עפרון "אפר ועפר", לעיל ה"ש 2, בעמ' 215-218. ממאמרה של עפרון ומראיונות עם גופים אזרחיים המטפלים במתים, עולה כי נכון למועד כתיבת המאמר קיימות שלוש חלופות מרכזיות לקבורה: שריפה, קבורה בים, ומיסוס בחומרים חריפים, אולם, עוד עולה כי החלופה הנפוצה ביותר היא השריפה, אך טכנולוגיות חדשות מתפתחות וסביר שימשיכו להתפתח בעיקר לאור האילוץ הסביבתי. כבר היום קיימים מקומות בעולם שמאפשרים להפוך את הגופה לקומפוסט ולדשן את הקרקע; בתי קברות אלטרנטיביים מציעים אפשרות של קבורה בארון מתכלה/ללא ארון וסימון הקבר באמצעות עץ; וקיימת גם טכנולוגיה המציעה שתילה בתוך קפסולה שתאפשר הצמחה של עץ משיירי הגוף. ראו בקישור: <https://edition.cnn.com/2017/05/03/world/eco-solutions-capsula-mundi/index.html>.

19 עפרון "אפר ועפר", לעיל ה"ש 2, בעמ' 218.

20 שם, בעמ' 224-232.

שניתנת לקרוב משפחתו של החייל לא לבחור בקבורה צבאית מעוררת שאלות שהן רלוונטיות למאמר זה, ואתיחס אליהן בהמשך.

כאשר הנפטר אינו חייל, דלים הם החוקים והנהלים המתייחסים לקבורה, אולם מהמעטים הקיימים עולה כי המחוקק ומחוקק המשנה רואים בקבורה הדתית כדרך המלך שבה יש לצעוד, אלא אם כן הנפטר או קרוב משפחתו הביע רצון אחר.<sup>21</sup> להלן אעמוד על חוקים ונהלים אלה:

סעיף 266 לחוק הביטוח הלאומי ותקנה 1 לתקנות מכוחו, נוקטים לשון לכאורה ניטרלית בקובעם למי ישולמו דמי הקבורה. הסעיף מתייחס לחברות קדישא, לרשויות מקומיות, לתאגיד ציבורי או לכל אדם הרשאי לעסוק כדין בקבורת נפטרים. אך עיון מעמיק בסעיף זה מלמד כי הניטרליות הזו היא למראית עין בלבד. הסעיף מתייחס לחברות קדישא ברישא ואילו יתר הגופים שמורשים לעסוק בקבורה מנויים בהמשך. עובדה זו כבר ממקמת את חברות קדישא לכל הפחות במעמד של ראשונות בין שווים. יתר על כן, המחוקק קובע כי חברות קדישא מורשות לעסוק בקבורת נפטרים ולא מתייחס לצורך שלהן לקבל רישיון, בעוד שבכל הקשור לתאגידי אחרים – נכתב כי הם נדרשים לקבל רישיון לעסוק בקבורת נפטרים.

נוסף על כך, בסעיף 8 ל"נוהל טיפול מינהלי בנפטר ודווח על פטירה" של בתי חולים גריאטריים, נקבע כי במקרה של פטירת מטופל ערירי יש לדווח לחברה קדישא כדי שזו תביא את הנפטר לקבורה.<sup>22</sup> הוראה זו מלמדת כי משרד הבריאות רואה בקבורה דתית כאפשרות יחידה, לפחות עבור נפטרים עריריים. ודוק, הנוהל כלל אינו טורח להתייחס למצבים שבהם הנפטר אינו יהודי. למעשה, מן הנוהל עולה כי משרד הבריאות אינו מתייחס לחלופה אחרת לקבורה דתית וגם לא לחלופה לקבורה דתית יהודית. הכרה בזכות לבחור בחלופה אחרת מחייבת נוהל אחר, שיחייב את המוסד הגריאטרי לברר את רצון הנפטר ביחס לטל"מ, ורק במקרה של היעדר רצון או היעדר יכולת להתחקות אחריו – להוציא לפועל את ברירת המחדל, היא הקבורה בהתאם להשתייכות הדתית. גם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות, העוסק בקבורת נפלים ועוברים, קובע נוהל עבודה שמתייחס ליהודים בלבד ומתעלם מדתות אחרות.<sup>23</sup> בנוהל עבודה זה נקבעה להורים אפשרות לבחור בחלופת קבורה אזורית ויש בכך כדי לאשש את הטענה שקבורה דתית היא ברירת המחדל.

21 אף על פי שקבורה דתית מהווה בישראל את ברירת המחדל לנפטרים יהודים ולא יהודים כאחד, במקומות רבים במאמר אתיחס לקבורה הדתית היהודית מבלי להזכיר את הקבורה הדתית שאינה יהודית. הדבר נעשה על אף המודעות וההבנה כי יש בכך הדרה של בני העדות הלא יהודיות, אולם נובע מהעובדה שהסדרה ביחס לקבורה דתית יהודית מובהקת וברורה יותר ולכן מאפשרת במרבית המקרים התייחסות לסוגיה שבדיון ביתר קלות.

22 ס' 8 לנהלי בתי חולים גריאטריים של משרד הבריאות 3.2.3 "טיפול מינהלי בנפטר ודווח על פטירה" (27.11.2016).

23 נוהל עבודה של המשרד לשירותי דת מד – 2.1.1 "נוהל לקבורת נפלים, עוברים, תינוקות, וילדים (קבורה יהודית)", (27.11.2016).



יתרה מזו, לא ניתן להתעלם מהמדרג החוקי הקיים ביחס לקבורה דתית יהודית לעומת קבורה דתית שאינה יהודית. האחריות לביצוע הראשונה מוסדרת בחקיקה ראשית בחוק שירותי הדת והתקנות מכוחו,<sup>24</sup> אשר מגדירים בצוותא את חברות קדישא כארגונים מוסמכים לקבור יהודים, בעוד האחריות לביצוע השנייה אינה מעוגנת בחוק אלא בנוהלי עבודה פנימיים של האגף לעדות לא יהודיות במשרד הפנים,<sup>25</sup> אף שההליך הבירוקרטי זהה לראשונה.<sup>26</sup>

לברירת המחדל של קבורה דתית קיימת חלופה אזרחית. חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית והתקנות מכוחו מעגנים את זכותם של אזרחי ישראל לקבורה כרצונם, ובתוך כך את הזכות להיקבר בבית עלמין אזרחי: "אדם זכאי להיקבר על פי השקפתו בבית עלמין אזרחי חלופי אם בחר בכך".<sup>27</sup> שם החוק והזכות הקבועה בו מאששים את העובדה שקבורה דתית היא דרך המלך והקבורה האזרחית היא חלופה לה. משמעות הדבר היא כי כדי להיקבר קבורה אזרחית יש להביע רצון באופן אקטיבי, שכן החוק קובע שהזכאות תלויה בבחירת האדם. כלומר, בהיעדר בחירה אקטיבית, ברירת המחדל תישאר הקבורה הדתית.

מאחר שחוק הקבורה האזרחית שותק ביחס לחובת המדינה למימון עלויות הקבורה בבית עלמין אזרחי, הסוגיה הגיעה לדיון משפטי בעניין לב,<sup>28</sup> שם קבע השופט קרשן כי מול זכות הפרט להיקבר ניצבת החובה של המדינה לספק ולממן את הקבורה בהתאם להשקפת עולמו של הנפטר, ועל כן חייב את המשרד לשירותי דת לשלם את הוצאות הקבורה האזרחית. לשני התובעים שביקשו לקבור את יקיריהם בקבורה אזרחית לאחר שסברו, בעקבות עיונם בחוק ומתוך ידע חלקי שנמסר להם, כי הקבורה האזרחית שבה בחרו אינה כרוכה בתשלום מיוחד. עוד הוסיף השופט קרשן כי על המדינה גם חלה חובה להקצות שטחי קבורה לתאגידי קבורה אזרחיים, וכי מחדליה בעניין זה מהווים רשלנות והפרת חובה חקוקה, כלשונו:

מזה שמונה עשרה שנים מפרה המדינה את חוק הזכות לקבורה אזרחית ואינה מאפשרת לתושבי המדינה לממש את זכותם החוקית להיקבר בהתאם להשקפת

24 תקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לענייני קבורה), התשכ"ז-1966.

25 דוח מבקר המדינה מס' 70א', לעיל ה"ש 16.

26 שם. להשלמת התמונה הבירוקרטית יובהר כי מערכות היחסים בין המוסד לביטוח לאומי ובין תאגידי הקבורה כולם מוסדרות בהסכם של הביטוח הלאומי מול תאגידי הקבורה, והדברים עולים מחוק הביטוח הלאומי וס' 2 לתקנות הביטוח הלאומי (דמי קבורה), התשל"ו-1976. בהתאם לחוק הביטוח הלאומי ותקנות דמי הקבורה, המוסד לביטוח לאומי משלם את הוצאות הקבורה והשירותים הכרוכים בכך על ידי מתן "דמי קבורה" לגופים אזרחיים שקיבלו רישיון לעסוק בקבורה וחתומים מולו על הסכם לתשלום דמי קבורה. החברות הרשאיות לעסוק בקבורה אזרחית חייבות להחזיק בחלקות אדמה לקבורה והן מקבלות הסמכה מהשר לשירותי דת ועל פי קריטריונים הקבועים בתקנות הקבורה האזרחית.

27 ס' 2 לחוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996.

28 תא"ם (שלום כ"ס) 29187-05-12 לב ג' המשרד לשירותי דת (נבו) 23.10.2014.

עולמם [...] לא פחות חשוב – המדינה לא סיפקה (ונראה שאינה מספקת גם כיום) מידע ברור אודות הזכות להיקבר קבורה אזרחית [...]»<sup>29</sup>.

בהמשך לפסק הדין הנ"ל, ביום 6.2.2017 חתמה ממשלת ישראל מול המוסד לביטוח לאומי על הסכם המסדיר העברת נפטרים לקבורה בבית עלמין אזרחי ללא תשלום. ההסכם קבע כי אם שולם תשלום עבור קבורה אזרחית חלופית, קיימת זכות להחזר מהביטוח הלאומי בהתקיים תנאים מסוימים.<sup>30</sup> מההסכם עולה כי אם ביישוב המגורים או הפטירה יש בית עלמין אזרחי – הקבורה תהיה בחינם כמו בקבורה דתית. כפי שארחיב בפרק השלישי של המאמר, ההכרה בכך שהמדינה מחויבת לשלם על קבורה אזרחית, בהחלט מהווה התקדמות, אך אינה מבטלת את העובדה שברירת המחדל היא קבורה דתית. כדי לעמוד על הזכות למימון קבורה אזרחית חלופית, משפחת הנפטר צריכה לדעת את זכויותיה ולעמוד עליהן. יתרה מכך, אין גוף אזרחי שמטפל בקבורה האזרחית מייד עם המוות, ודרך המלך הייתה ונותרה, הקבורה הדתית.

### רובד שלישי: קבורה מקומית וחלופותיה

עד כאן הראיתי שברירת המחדל לטל"מ היא קבורה דתית. ברובד זה אצביע על כך שברירת המחדל היא גם מקומית. על ברירת מחדל זו אנו למדים, בעקיפין, מתקנות דמי הקבורה, המתייחסות למקרים שבהם רשאים תאגידי הקבורה לגבות תשלומים או אגרות נוספות ממשפחת הנפטר. לדוגמה, סעיף 4 לתקנות דמי הקבורה קובע כי תשלום נוסף ייגבה ממשפחת הנפטר "כשנגרמו לחברה הוצאות מיוחדות עקב העברת הנפטר ממקום הנמצא באזור שהוא מחוץ לתחום טיפולה של החברה והבאתו לקבורה בבית העלמין שבתחום טיפולה של החברה – הכל כפי שנקבע בהסכם". כלומר, מחובת המדינה לממן הוצאות קבורה אנו למדים, לפחות באופן משתמע, שאם אדם נפטר מבלי שהשאיר הנחיות לטל"מ, ואם קרוביו אינם מביעים רצון מסוים, אזי הוא ייקבר ללא עלות בסמוך למקום מגוריו או פטירתו. קונסטלציה זו יוצרת את ברירת המחדל המקומית.<sup>31</sup>

### ג. המציאות בשטח והסיבות להיווצרותה

מדוח מבקר המדינה לשנת 2020 עולה כי מדי שנה נפטרים בישראל כ-44,000 אנשים בני כל העדות והדתות (ועוד כ-1,600 נפטרים מובאים אליה מחו"ל), וכי רובם המכריע

29 שם, בעמ' 13.

30 הסכם ברבר מימון העברת נפטרים לקבורה אזרחית שנערך ונחתם בירושלים ביום 6 בפברואר 2017, י"פ התשע"ז 7482, בעמ' 5003. התנאים הם אלה: ביישוב הפטירה אין בית עלמין אזרחי; ביישוב מגוריו של הנפטר אין בית עלמין אזרחי; המשפחה לא רכשה לנפטר חלקת קבר לאחר הפטירה.

31 ס' 3, 4, 6 ו-9 לתקנות דמי הקבורה, לעיל ה"ש 12. הזכות של תאגידי הקבורה לגבות תשלום עבור פעולות שונות כגון קבורה במקום קבורה מיוחד, וכן גביית תשלום עבור הקמת מצבה, מוגדרות שתייהן בתקנה 3 לתקנות דמי קבורה ועולה מהן כי את השירותים הנוספים ניתן לרכוש מהתאגיד בהתאם לתעריפים שנקבעו בתקנות.

נטמנים בבתי קברות.<sup>32</sup> לעניין הדתיות של הקבורה, אף שיעור החילונים, בהתאם להגדרה עצמית, באוכלוסייה עומד על כ-45%,<sup>33</sup> הזכות לקבורה חילונית ממומשת על ידי אחוזים נמוכים בהרבה.<sup>34</sup>

ייתכן שאחוז גדול מן האוכלוסייה החילונית בוחרת בקבורה דתית ולא מממשת את זכותה לטל"מ שונה או לקבורה אזרחית, משום שגם חילונים עודם מעדיפים טקס דתי. אפשרות אחרת היא שטקס הקבורה החילוני אינו מובנה דיו, ועל כן אינו מספק את הצורך הפסיכולוגי של קרובי הנפטר. לקיים תהליך פרידה מובנה, כפי שמספקים תאגידי הקבורה הדתיים, והוא טקס המכיל זיהוי המת, נשיאת דברי הספד ופרידה, ליווי בדרכו האחרונה, קבורה לעיני כול והקמת מצבה. בירנהק במאמרו מפנה לדבריה של הארייט סרנוף-שיף ביחס לצורך הפסיכולוגי של הקרובים: "[...] מוות של קרוב כרוך פעמים רבות בהכחשה ראשונית. תהליך הקבורה, אשר כולל (לפחות בדין הדתי היהודי) גם שלב של זיהוי הגופה, מסייע בהפנמה הראשונית של עובדת המוות [...]. הזיהוי והקבורה יוצרים וודאות. הקבורה מסמנת את ראשית ההתמודדות של הקרובים עם מות יקירם."<sup>35</sup> נוסף על שני ההסברים הללו, קיימים גם הסברים אחרים למציאות הנ"ל, משכנעים, לטעמי, לא פחות:

### כוחה של ברירת המחדל

ברירת המחדל במובן החוקי קובעת מה יתרחש כאשר יש זכות לברירה אקטיבית בין חלופות, אולם לא נעשה בה שימוש. קיימים שיקולי מדיניות שונים התומכים באימוצה של ברירת מחדל מסוימת. אחד משיקולי המדיניות המקובלים ביותר הוא בחירה בברירת מחדל שבה ממילא ירצו רבים מנמעני החוק, אילו היו נשאלים לדעתם.

מחקרים מצביעים על כך שלברירות מחדל יש כוח עצום, ושכמרבית המקרים נטיית הציבור והפרטים בו, היא להיאחז בברירת המחדל שמייצר הדין, גם כאשר היא

32 רוח מבקר המדינה מס' 70א, לעיל ה"ש 16, בעמ' 21-22, 33 ו-49.

33 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה רוח פני החברה 10 (2018).

34 כפי שהובהר לעיל במאמר, אין חובה להיקבר קבורה דתית והזכות לקבורה אזרחית חלופית קיימת בחקיקה. חרף האמור, עדיין חילונים רבים אינם ממשים את זכותם לקבורה אזרחית חלופית. בדוח בנושא "מעריך הקבורה בישראל" לשנת 2013 של מרכז המחקר והמידע של הכנסת (אוריאה אלמסי קבורה אזרחית בישראל 1, 8-9 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2013)) נקבע בשעתו בזו הלשון: "על-פי נתוני המוסד לביטוח לאומי, המתבססים על תשלומי דמי הקבורה שהוא העביר לחברות הקבורה מ-2009 ועד יוני 2013, כלומר בארבע וחצי השנים האחרונות, נערכו 4,002 קבורות אזרחיות לכלל הדתות", וכן נאמר כי: "הביקוש לקבורה אזרחית בשנים 2011-2030 ינוע על-פי ההערכות מ-3,600 ועד 4,800 איש בשנה (בהנחה ש-6% מהנפטרים היהודים יהיו מעוניינים בקבורה אזרחית), ומ-7,000 עד 9,500 איש בשנה (בהנחה ש-17% מהנפטרים היהודים יהיו מעוניינים בקבורה אזרחית)".

35 מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57, 100-101 (2008) (להלן: בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים"). הציטוט של בירנהק מרבירה של הארייט סרנוף-שיף בתרגומו של שרגא גפני; ויקטור טרנר תהליך הטקסי: מבנה ואנטי-מבנה 125-167 (מהדורה מחודשת, נעם רחמילביץ' מתרגם 2009), שם טרנר מתייחס למסגרת שמציעים טקסים, דתיים ולא דתיים, להתמודדות עם המעבר מהמצב הקודם למצב החדש.

לא בהכרח מתאימה לתפיסת עולמם וגם כאשר החלופות לה עדיפות להם. כוחה של ברירת המחדל רב מאחר שהיא מהווה אפשרות קבועה וכתובה, שאותה נוקטים בהיעדר החלטה. אולם כוחה של ברירת המחדל אינו רק בכך שהיא קיימת ומאפשרת הכרעה היכן שלא התבצעה הכרעה אקטיבית, אלא גם בכך שעל מנת לצאת כנגדה על האדם להיות אקטיבי, להשקיע מחשבה בחלופות, לבחור, ולהביע את הבחירה בפומבי.<sup>36</sup> במאמרם "רצון המת: שלושה מקרי מבחן ישראליים",<sup>37</sup> טוענים השילוני-דולב, הקר ובוועז, כי בכל הנוגע לרצון הנפטר, קיימת נטייה דווקא להתעלם מהרצון של מרבית האזרחים, ובמקום זה לאמץ ברירת מחדל המתיישבת עם אינטרסים חברתיים ותרבותיים שהמדינה מעוניינת לקדם. הם מציגים את הדוגמה של קצירת זרע מן המת. בעניין זה, הנחיות היועמ"ש משנת 2003 יצרו חזקה שלפיה כל הגברים מעוניינים בהולדה לאחר המוות, ובהתאם – מי שאינו מעוניין בכך חייב להתנגד. לדבריהם, הסיבה שניתנה לכך הייתה טכנית: "ההנחיות מסבירות במפורש כי מכיוון שדרישה להסכמה מדעת של המת בלתי אפשרית במקרים רבים, אילו הייתה מוצגת כתנאי היה מספר ההיתרים הפוטנציאליים מצטמצם עד מאוד".<sup>38</sup> הכותבים טוענים כי ההנחה שעל בסיסה נקבע רצון משוער של הגבר המת להוליד לאחר מותו אינה מבוססת על מחקר אמפירי אלא על עמדות וערכים חברתיים-תרבותיים הדוגלים בהולדה לאחר המוות.<sup>39</sup> אני מסכימה עם טענות אלה וסבורה כי ערכים חברתיים-תרבותיים, ולא מחקרים אמפיריים, הם גם אלה שהניעו את המחוקק לאמץ את ברירת המחדל גם בענייני טל"מ, והם יוצרים הנחה כי כולם מעוניינים להיקבר בקבורה דתית ומקומית.

קיים היגיון בהעדפת שיקול תרבותי-חברתי על פני שיקול של רצון הרוב רק אם ההנחה היא שברירת המחדל מכווונה התנהגות. כלומר, אם ממילא אדם שאינו מעוניין בברירת המחדל יבחר לסטות ממנה, אזי אין שום היגיון באימוץ ברירת מחדל על פי הערך החברתי. במקרה כזה, אם רוצה המחוקק להכווין התנהגות, הוא צריך לאמץ את הנורמה כמחייבת. לעומת זאת, אם הסטייה מברירת המחדל היא קשה או יקרה, אזי החלופות לה הן לא ממשיות עבור רוב הנמענים, ועל כן ברירת המחדל מכווונה את ההתנהגות שלהם. במקרה כזה, הגיוני לאמץ את הנורמה כברירת מחדל, ולעיתים יעדיף המחוקק לעשות כך ולא לבחור בנורמה מחייבת, כי הדבר ייתקל בהתנגדות פחות חזקה.

Gabriel D. Carroll, James J. Choi, David Laibson, Brigitte C. Madrian & Andrew 36  
Metrick, *Optimal Defaults and Active Decisions* 124 THE QUARTERLY J. of ECON.  
Eric J. Johnson and Daniel Goldstein, *Defaults and Donation*.1639, 1639-1674 (2009)  
*Decisions* 78 TRANSPLANTATION 1713, 1713-1716 (2004)

יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בוועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" סוציולוגיה 37  
ישראלית מזו 31, 31-53 (2014) (להלן: השילוני-דולב, הקר ובוועז "רצון המת").

38 שם, בעמ' 40.

39 שם, בעמ' 41-42.

### כוחה של המדינה כמעצבת ברירת המחלל בענייני טל"מ

בעניינינו, סבורני כי הרוב לא נותנים דעתם לטל"מ שיקבלו בשל כמה סיבות: סיבה מרכזית היא חוסר הרצון של אנשים בכלל, ובתרכובת המערב בפרט, לעסוק במוות ולחשוב על מה שקורה לאחריו, אם מהיעדר עניין, אם מהחשש לעין הרע,<sup>40</sup> ואם בשל התודעה המערבית החילונית, שעשויה להיות מבעיתה לכשעצמה, ולפיה אין לאחר המוות ולא כלום.

חוסר הרצון לעסוק בדבר, גורם לאנשים להדחיק את הסוגיה ולא לברר על אודות האפשרויות העומדות בפניהם. ואז, גם אם נמצא אותו קרוב משפחה הרוצה להעניק לקרובו טל"מ אחר, הוא נדרש לברר ולהכריע בדבר ברגע הקשה ביותר בחייו, הלא הוא רגע הפרידה מיקירו, ועליו לעשות זאת מהר, שאם לא כן – הנפטר ייקבר על פי ברירת המחלל.

השופט קרשן עמד על נקודת הזמן הספציפית הזו בעניין גינזבורג<sup>41</sup> בהתייחסו לעלטה שבה מצוי הציבור ובהדגישו את המשמעות שלה כשעוסקים במוות של יקיר:

הציבור אינו יודע ואינו יכול בשקידה רגילה לדעת מהן האפשרויות העומדות לפניו [...]. דרישת המדינה כי מיד בשעת היגון הכבד, מיד לאחר פטירת יקיריהם ועוד טרם הביאו אותם לקבורה, ינסו בני המשפחה לשוחח עם משרד הדתות (בטלפון שאינו זמין 24 שעות ביממה) ויבררו מהן האפשרויות העומדות לרשותם, אינה מתקבלת על הדעת.<sup>42</sup>

על מנת לגרום לאנשים להקדיש מחשבה לרגע שלאחר מותם, על המדינה להביא לידיעתם את האפשרויות העומדות בפניהם, לדרבן אותם לחשוב על הסוגיה מבעוד מועד, ולאפשר להם לבחור ולהכריע כיצד רצונם ימומש לאחר מותם.

אולם לא רק שהמדינה לא עושה זאת, הרי שבנוסף לכוחה המובנה של ברירת המחלל כמעצבת מציאות באופן כללי, ובאופן ספציפי בענייני טל"מ, לטענתי, במקרה של טקסים דתיים בכלל וקבורה בפרט, המדינה, באופן מודע ואקטיבי, פועלת כדי להסתיר מהפרט את חירותו וזכותו לבחור בשונה מברירת המחלל, וכך מקבעת אותה ומקשה עליו לבחור בטל"מ שונה.

כפי שעולה מהפרקים הקודמים, המדינה מעניקה, בחקיקה ובנהלים הקיימים, למוסדות הדת, לתאגידי הקבורה הדתיים בכלל ולאלה היהודיים בפרט, כוח רב לעצב את דיני הפרידה מן המת, ובפועל ממקמת אותם בראש ההיררכיה מול תאגידי טל"מ חלופיים

40 הרחקת סוף החיים והמוות היא סוגיה חברתית פסיכולוגית שעליה נכתב רבות, ואני נתקלת בה לא מעט במסגרת עבודתי כקלינאית – כאשר אני פוגשת זקנים רבים וכן את בני משפחותיהם, ומתעוררות סוגיות משפטיות רבות, ביניהן תכנון משפטי לעת זקנה. כולם מספרים על הרצון להימנע מלעסוק בנושא מפאת פחד או כאב, אך הם מבינים שמדובר בכורח וכי לא ניתן להתעלם ממנו עוד.

41 תא"מ (שלום כ"פ) 29187-05-12 גינזבורג נ' מדינת ישראל המשרד לשירותי דת (נבו) (4.9.2014), (להלן: עניין גינזבורג).

42 שם, בעמ' 13.

ומול תאגידי קבורה אזרחיים. החקיקה אומנם מאפשרת קבורה אזרחית, ומאפשרת הקמתם של תאגידי קבורה שאינם דתיים, אך האופן שבו מנוסחים החוקים הללו מייצר לקורא נגישות קלה לקבורה הדתית וחברות קדישא, ומסווה את האלטרנטיבות האזרחיות. חשוב מכך, מערכת החוקים שתוארה לעיל מקנה לקבורה הדתית יתרון כלכלי מובהק, בכך שהיא ממומנת במלואה על ידי המדינה. אומנם כיום, בעקבות עניין גינזבורג, גם הקבורה האזרחית ממומנת, אך אופציית מימון זו אינה קבועה בחוק ואינה ידועה למי שאינו בקיא בהלכה בנושא. יתרה מכך, טל"מ אחר שאינו קבורה, כלל אינו ממומן על ידי המדינה, גורם שוודאי משפיע גם על חילונים להשאיר את ברירת המחדל על כנה. **אולם טענתי היא כי המדינה לא רק פעולת באופן אקטיבי כדי להסתיר מהאזרחים את האפשרויות העומדות בפניהם, אלא במחדליה היא גם תורמת לחיזוק ברירת המחדל וביסוס כוחה.**

כפי שתואר בתחילת המאמר, הטל"מ מאופיין בכשל שוק מובהק, שנובע מכך שהמת אינו יכול לאכוף את הרצון של החי שקדם לו, וכפי שתואר לעיל, שוק הטל"מ נשלט על ידי מונופול של חברות קדישא. שני כשלי שוק אלה, אשר מקשים על האזרח לממש את האוטונומיה שלו באחד הנושאים הקריטיים ביותר לחייו, מצדיקים התערבות של המדינה. ניתן להעריך את האמצעים שיכולה הייתה המדינה לנקוט, על ידי השוואה לתחום קרוב – תכנון משפטי לעת זקנה, שבו ייצרה המדינה, באמצעות חקיקה, את הכלי המכונה "יפוי כוח מתמשך"; הפיצה לגביו מידע בציבור הרחב; הקימה מערך מינהלי שמפקח על שוק זה; והכשירה לשם כך עורכי דין ייעודיים. בדרך זו חוללה המדינה מהפכה, וכך ממצב שבו מעטים ביותר דאגו לספק הנחיה בתחום – מאז שהחוק החדש נכנס לתוקף הפך יפוי הכוח המתמשך לכלי נפוץ המאפשר לרבים לתכנן את חייהם לאחר שיאבדו את כשרותם. באופן דומה, ניתן היה לצפות שהמדינה תדאג, לכל הפחות, ליידע את הציבור הרחב בדבר החלופות שניצבות בפניו. כמו כן, ניתן היה לצפות שהמדינה תייצר עבור האזרחים דרך רשמית ונוחה להביע את רצונם ותאפשר את מימושו. אולם בפועל, המדינה לא מביאה לידיעת הציבור כי יש לו זכות לטל"מ חלופי לזה שמנהל ומתוחזק על ידי המערך הדתי. במציאות שבה הפרטים אינם מודעים לאפשרויות החוקיות והרוב המוחלט של האזרחים סבור כי יש דרך אחת בלבד מותרת ואפשרית, ברור שמרביתם יפעלו בהתאם לה מבלי להקדיש לכך מחשבה. על מנת לייצר אפשרות בחירה אמיתית, יש ליידע את הציבור על זכותו להיקבר, קבורה דתית או אזרחית, במימון מלא, ועל החירות שלו לבחור בטל"מ אחר, שאינו קבורה, מבלי לקבל מימון. תוצאות המחדל של המדינה ביידוע הציבור באשר לחלופות הטל"מ העומדות בפניו חלות/תקפות גם בהקשר של קבורה צבאית, היא הקבורה היחידה שכאמור מוסדרת בחקיקה ראשית. על פי חוק בתי קברות צבאיים, הקבורה של חייל או חיילת שמצאו את מותם במהלך השירות הצבאי תהא בקבורה צבאית ובחלקה צבאית, אלא אם כן קרוב משפחתם בחר אחרת. הנה כי כן, אנו נוכחים לדעת כי לא בלבד שהמדינה לא שואלת את החיילים והחיילות באיזה טל"מ היו בוחרים במקרה של פטירה ולא מאפשרת להם

להביע עמדה מראש, אלא שהיא מגדילה ומאפשרת לקרוביהם לבחור בקבורה שאינה הצבאית. כשל זה של החקיקה עלול לייצר קשיים רבים. כך למשל, קרובי המשפחה של חייל שיצא בשאלה ונהרג בעת שירותו הצבאי עשויים להעדיף קבורה שאינה צבאית, אף שיתכן שהחייל עצמו, אילו היה נשאל על כך, היה מעדיף קבורה צבאית.<sup>43</sup> חזרה לעולם ההלכה והאזרחות. לצד כל המחדלים שתוארו עומד מחדלה של המדינה בהקצאת מקומות לקבורה אזרחית לא הלכתית. המדינה נותנת עדיפות להקצאת שטחי קבורה לתאגידי קבורה דתיים, וכך גם אם הנפטרים וקרוביהם מעוניינים בקבורה אזרחית, הם יבחרו בקבורה דתית בשל היעדר בתי קברות אזרחיים קרובים ונגישים המאפשרים להם לפקוד את המצבה בנוחות.

בתי המשפט האירו כאמור את מחדלי המדינה בעניין זה,<sup>44</sup> אולם הם לא היחידים שעשו זאת. דוח מבקר המדינה מיום 16.05.2017 דן בהבטחת זכות האזרחים לקבורה אזרחית חלופית, והתייחס להפרות של המדינה את החובות שהוטלו עליה; לפגיעה שההפרה מייצרת; למצוקה שהיא מעוררת; לפתרונות החלופיים שהובילה אליהם; ולעלויות החלות על מי שמעוניין בחלופה אחרת לקבורה דתית. הדוח קבע כי כל ההפרות הללו מובילות לכך שהזכות לקבורה אזרחית חלופית היא תיאורטית: "המחסור בבתי עלמין אזרחיים הביא לפתיחתם של בתי עלמין אזרחיים פרטיים בקיבוצים ובמושבים, שגבו סכום גבוה בגין קבורה. מצב דברים זה הופך את הזכות לקבורה אזרחית לבעלי אמצעים בלבד". בוועדה המיוחדת לצדק חלוקתי ולשוויון חברתי נדונה סוגיית אי-השוויון בקבורה בישראל. חה"כ זנדברג טענה:

התחום שהכי נעדר בו שוויון במדינת ישראל הוא תחום הקבורה האזרחית. כבר למעלה מ-20 שנה קיים חוק שמחייב להעניק אפשרות קבורה על פי בחירת הנפטר. החוק הזה בפועל לא מקוים. יש מספר קטן מאד של בתי עלמין אזרחיים והם אינם זמינים ברחבי הארץ. גביית תשלום עבור קבורה הולכת ונהיית גבוהה יותר ויותר. ויש כאן הפרת חוק כפולה אם לא משולשת, אין בחירה, יש גבייה ויש קשר בין השניים.<sup>45</sup>

וחה"כ מיכאלי טענה: "[...] שמדינת ישראל חוקקה בחוקים שלה זכות לכל אדם להיקבר כפי שהוא או היא רוצים, אבל מדינת ישראל לא חוקקה חובה לספק את הזכות הזו [...]".<sup>46</sup>

43 הוספתי דוגמה זו למאמר בעקבות מלחמת "חרבות ברזל". במהלך המלחמה נתקלתי במחלוקת לגבי אופן הקבורה של חייל, יוצא בשאלה, שנפל בקרב. המשפחה הביולוגית והחרדית של החייל ביקשה קבורה לא צבאית ואילו המשפחה המאמצת החילונית שלו טענה שאילו היו שואלים לדעתו הוא היה מבקש להיקבר בקבורה צבאית.

44 הדברים עולים מעניין גינזבורג, לעיל ה"ש 41.

45 פרוטוקול ישיבה 57 של הוועדה המיוחדת לצדק חלוקתי ולשוויון חברתי, הכנסת ה-20, 5 (15.5.2017).

46 שם, בעמ' 10. יצוין כי דברים אלה מתייחסים לזכות לקבורה אזרחית חלופית ורק לה, והם אינם מתייחסים לעצם ברירת המחדל של קבורה מלכתחילה ולהיעדר האיסור לבחור בניגוד לה, אולם אני סבורה כי למצער ביחס לחלופה האזרחית לקבורה הם מדברים בעד עצמם.



### סיכום ביניים

ככלל, הציבור חושש לעסוק בשאלות של אחרי המוות; והמדינה, מצידה, לא מיידעת אותו על החלופות העומדות בפניו; לא מסייעת לו להוציא את רצונו לפועל כאשר יש לו רצון אחר מהדרך הרווחת והמקובלת; ובמקביל מחזקת את תאגידי הקבורה הדתיים ככלל והיהודיים בפרט.

לקרובי הנפטר יש צורך פסיכולוגי להביא את יקירם לקבורה ולקיים טקס רוחני. על הצורך הפסיכולוגי הזה עונים תאגידי הקבורה החפצים בקבורה דתית של בני דתם, ולהם ניתנת האוטונומיה, המעמד החוקי העליון והמשאבים כדי לאפשרו במהרה, בנוחות, בקרבת הבית וללא צורך בהכרעה אקטיבית.

ולכן, אף שקיימת חלופה לברירת המחדל, לרוב לא ניתן ליישמה. כל עוד המדינה לא מאפשרת דרך רשמית ואפקטיבית להביע רצון מוקדם לטל"מ, הבחירה בחלופה היא בגדר חירות בלבד שמרבית האנשים אינם מודעים לה. וכך, גם ללא חובה מפורשת לקבור, מתקיימת, הלכה למעשה, מציאות של תודעה לאומית ולפיה ישנה דרך חוקית אחת בלבד לטל"מ, היא הקבורה הדתית, והיא גם נתפסת כדרך הטובה והנכונה ביותר. במציאות שכזו, מי שמעוניין לבחור אחרת מתויג כאחר. תודעה זו מגובה בחקיקה שאוסרת על קבורה לאחר 48 שעות, חקיקה שמחייבת הכרעה בטווח זמן כה קצר. לטענתי, בפרק זמן קצר זה מרבית קרובי הנפטר עודם זקוקים לתהליך עיבוד של האבל, אולם בהיעדר חלופות יעילות ונוחות אחרות – הם צועדים לעבר הקבורה הדתית, בעוד שייתכן שהיו בוחרים אחרת לו ניתנה להם אפשרות אמיתית לתהות ולהכריע מה ברצונם לעשות.

לטענתי, אם המדינה תסביר לאזרחיה שיש להם זכות לבחור בחלופות אחרות, ותנגיש את היכולת לעשות כן – יגדל מספר האנשים שיבקשו טל"מ חלופי. אין די בכך שאפשרות תהיה לא אסורה. כל עוד הפרטים אינם מודעים לזכותם, אין מסלול הבעת רצון ואפשרות טכנית להוציאו לפועל – הקבורה הדתית תמשיך להיות האפשרות הרווחת והשלטת. יציאה כנגד ברירת המחדל מחייבת אלמנטים נוספים פרט להיעדר מניעה חוקית או אפילו זכות חוקית קבועה. יש צורך במודעות של הפרט לאפשרות החלופית; בקיומו של מסלול נגיש להבעת רצון; וכמובן באפשרות טכנית להוציאו לפועל.

מודעות לחלופות והסדרת מסלול רשמי להבעת רצון הן תנאי הכרחי שבלעדיו הציבור לא יכול לבחור אופן קבורה השונה מברירת המחדל הקבועה בחוק, וגם אינו יכול לבחור לעמוד על ברירת המחדל כאשר לקרוביו יש אינטרס לבחור בקבורה שונה. בכוחה של ברירת המחדל לעצב מציאות ולקבוע דרך שבה יצעדו מרבית הפרטים שאינם מעוניינים להחליט; שאינם יודעים כי הם רשאים להכריע; שאינם יודעים כיצד להוציא לפועל את בחירתם; או שמעוניינים בחלופה אחרת ויודעים הכול, אך גם יודעים כי בחירתם תקשה על קרוביהם ברמה הטכנית. כשהמדינה לא פועלת כדי להעניק מעמד שווה לחלופה הקיימת, אין דרך לדעת ואין יכולת לבחון בכנות את השאלה מדוע ברגעי משבר, ובפרט ברגעי הפטירה, אנשים פונים לדת – האם הבחירה נובעת מהזיקה לדת, או שמא הסיבה היא היעדר אפשרות נגישה אחרת.



## ד. זכות הבחירה בטיפול לאחר המוות

### 1. ההצדקות לזכות הבחירה בטיפול לאחר המוות

בפרק השני של המאמר טענתי שהמשפט הישראלי מכיר, ולו במשתמע או בעקיפין, בזכותו של אדם להיקבר. עוד טענתי כי המשפט הישראלי מכיר, באופן משתמע, בזכות לבחור את דרך הקבורה, ושיש לפרט חירות לבחור בטל"מ אחר, זכות הנובעת מעצם העובדה שלא קיים איסור על טל"מ אחר. בפרק זה אעמוד על ההצדקות התיאורטיות העיקריות לזכויות אלה.

במאמרו על זכויות המתים וחופש החיים,<sup>47</sup> בחן בירנהק את מיקום המשפט בחיי המת ואת השאלה האם המת הוא סובייקט בעל זכויות. בירנהק מציג דיון תיאורטי משפטי בזכויות, ומיישם אותו על האדם החיישמת. הדיון עוסק בסוגיות של התערבות והגנת בית המשפט על שמו הטוב ופרטיות המת ודן בשלושה מושגים הנוגעים לפטירת אדם. מצידים של החיים הוא מדבר על הקשר הבין-אישי בין הנפטר לאדם החי, ועל זיכרון המתים אצל החיים. מהצד של החיים שמתו, הוא מדבר על השליטה של האדם החי בזהות ובזיכרון שלו לאחר מותו. לטענתו של בירנהק "אנו מבקשים להוסיף ולהתקיים גם אחרי מותנו", וכן "פעולות הנצחה עצמיות מנסות להתגבר על הקו המפריד בין החיים למתים, הן מבקשות להקנות לנו חיי אלמוות".<sup>48</sup> לטענתו, המשפט מאפשר לנו שליטה בזהותנו לאחר המוות באמצעות השימוש במושגים של זכות המת לפרטיות וזכותו לשם טוב – שניהם נגזרים ממושג כללי אחר – הוא כבוד האדם.

לטענת בירנהק, ברמה הפסיכולוגית, כבוד האדם אינו נעלם מעיני קרוביו ומעיני החברה עם מותו. אנו ממשיכים לרכוש כבוד לאדם גם לאחר מותו, בשל סיבות פסיכולוגיות שהמשפט מכיר בהן: "ההתייחסות המשפטית לשלבים הראשונים שלאחר המוות מגלמת גם הבנה פסיכולוגית של המוות ושל תהליך האבל. לאחר המוות הגופה נראית עדיין אנושית. אנחנו מתקשים לראות בה חפץ שאין בו אנושיות. לכן אנחנו מתייחסים לגופה ככבוד השמור לחיים".<sup>49</sup> דברים אלה על כבוד, זהות ושליטה רלוונטיים לעניינינו, שכן הם מהווים את הסיבה שבעטיה יחפוץ אדם לשלוט בטל"מ שלו ולהביע רצון לגבי הטל"מ שבו הוא מעוניין.

כבוד האדם הוא ערך מרכזי בישראל והוא גם מוסדר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכל הקשור בצוואות רואה המשפט הישראלי את החובה לכבד את רצון האדם לפני מותו, כנגזרת של כבודו, ומכפיף אותו רק למצבים של אי-חוקיות והגנה על הסדר הציבורי, כפי שעולה מעניין אלאקסא:

47 בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", לעיל ה"ש 35.

48 שם, בעמ' 74.

49 שם, בעמ' 100. בירנהק נסמך על דבריו של פרויד בספרו "אבל ומלנכוליה, פעולות כפייתיות וטקסים דתיים", וכן על דבריהם של רות מלקינסון ואליעזר ויצטום בספרם "מגש הכסף ועד מי זכור את הזוכרים: היבטים פסיכולוגיים של אבל ובנייתו היסטוריים וספרותיים".

מכבוד האדם ומכיבוד רצונו נגזר הכלל בדבר זכותו של האדם לשלוט על חלוקת נכסיו, כפי שהחליט עליה בחייו, אשר תיעשה לאחר מותו [...]. עיקרון היסוד בדבר הגשמת רצונו של הנפטר מביא לכך כי הנדבך המרכזי בפרשנות צוואה מתמקד בהתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר, באשר לאופן חלוקת רכושו.<sup>50</sup>

הרציונל הנ"ל חל גם על היחס לגופת המת. כדי להביע רצון לגבי הנעשה ברכושו – בכוחו של אדם לנסח צוואה, ואף שתוקפה אינו תלוי בהפקדתה במרשם,<sup>51</sup> השיח הציבורי והמשפטי מפותחים דיים כך שגם אם אישה לא עדכנה את קרוביה שערכה צוואה, סביר כי אלה ינסו לאתר אחת כזו בטרם יפנו למסלול הקבוע בחוק הירושה. לא כך בטל"מ. השיח הציבורי אינו מפותח דיו והשיח המשפטי כמעט לא קיים כלל, ולכן בהיעדר רצון חזק ופומבי, ובהיעדר קרובים המכבדים אותו ומוכנים להילחם עבורו, הסיכוי שאישה תיקבר בהתאם לברירת המחל, ובניגוד לרצונה, הוא גדול. יתרה מכך, סבורני כי כל עוד השיח הציבורי והמשפטי אינם מתקיימים, הסיכוי שאישה המעוניינת בטל"מ תחשוב על האפשרות להביע רצונה בדרך כלשהי הוא אפסי. העובדה שבשיטת המשפט שלנו דרך המלך היא קבורה דתית מקומית אינה גזירת גורל, אלא היא תוצאה של מבנה חברתי, ערכי ופוליטי.

## 2. למי שייכת זכות הבחירה בטל"מ?

בפרק הקודם הצגתי את עמדתי ולפיה הזכות לבחירה בטל"מ היא של החיישמת. אולם למולה תיתכן עמדה הגורסת שזכות הבחירה בטל"מ היא דווקא של קרובי הנפטר שנותרו בחיים.

השילוני-דולב, הקר ובוועז סוקרים שלוש עמדות בעניין רצון המת וזכויותיו: לפי העמדה הראשונה, רצון האדם מת יחד עם מותו, ועל כן הרצון הרלוונטי הוא של קרוביו לאחר מותו; לפי העמדה השנייה, זכויות ואינטרסים של אדם חי שורדים את המוות והעיסוק הוא בשאלה מה נסוג לעומת אינטרסים וזכויות של החיים; לפי העמדה השלישית, ובדומה לעמדת בירנהק, המתים נעדרי זכויות במובן המשפטי שכן עם מותם הם אינם עוד סובייקטים בעלי רצון, ואין להם יכולת לשחרר את בעל החובה מחובתו.<sup>52</sup> העמדות הראשונה והשלישית דומות, אך קיים ביניהן הבדל. לפי העמדה הראשונה, הזכויות והאינטרסים מתים עם המת, ואילו לפי בירנהק, את הזכויות והאינטרסים יש לייחס ל"אדם החיישמת", וזאת "מתוך הכרה בזכויות החיים [...] באמצעות ההכרה בחוזה חברתי, רב דורי, שבו כל דור מתחייב לכבד את רצון מתי הדור הקודם לגבי מה שיתרחב לאחר מותם [...]. הדור הנוכחי יעשה זאת כדי שכבוא העת גם רצונו יכובד

50 עניין אלאקסא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 60-61.

51 ס' 21 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

52 השילוני-דולב, הקר ובוועז "רצון המת", לעיל ה"ש 37, בעמ' 31-32; בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", לעיל ה"ש 35, בעמ' 63.

לאחר מותו.<sup>53</sup> בירנהק מבסס את האדם החיישמת כנושא הזכות באמצעות תיאוריית הרצון, הגורסת כי רצון האדם בחייו הוא היוצר את הזכויות והאינטרסים הראויים להגנה לאחר מותו.<sup>54</sup> לטענתו, הסיבה להכיר ברצון אדם בעודו בחייו כזכות, קשורה למה שההכרה עושה במהלך חייו: "אף שהאדם החי אינו יודע אם וכיצד ימומש רצונו לאחר מותו, צומח לו יתרון מיידי, בחייו, אם ידע כי רצונו צפוי להתממש, שכן היתרון שצומח לאדם החי הוא השקט הנפשי שהוא חש בהווה לנוכח הידיעה כי רצונו בהווה יתגשם לאחר מותו".<sup>55</sup> בית המשפט העליון הסכים עם עמדה זו וקבע כי "הזכות להיקבר בקבורה מכובדת מבטאת בראש וראשונה את רצונו וציפיותו של הנפטר בעודו בחיים לזכות לכבוד הראוי לו לאחר מותו".<sup>56</sup> יפים לעניין זה גם דבריו של השופט אנגלרד בעניין שביט,<sup>57</sup> שם הוא הכיר בזכות החיישמת כמבוססת על הציפייה שלו בעודו בחיים וכראשונה במעלה.<sup>58</sup>

אומנם בירנהק וגם השילוני-דולב, הקר ובוועז לא מתייחסים לסוגיה הספציפית של טל"מ ולהנחיות מקדימות לו, אך טענתם רלוונטית כמובן גם לענייננו: אף על פי שלאחר מותו לא ניתן לייחס לאדם אינטרס כלשהו בטל"מ שלו, ולכן לכאורה גובר האינטרס של קרוביו, העובדה שהאדם החי יודע שלאחר מותו יכובד רצונו לטל"מ נותנת לו שקט נפשי בחייו.

### 3. התחקות אחר רצון החיישמת

עד כה ביססנו את זכות האדם שרצונו בחייו יקוים לאחר מותו, אולם לא עסקנו באופן שבו ניתן לברר את רצונו, שכן אם רצון שכזה לא הובע במפורש, עלול להתעורר ויכוח לגבי זהות האדם שזכאי לקבוע את רצונו של המת כשהיה חי. לטענת בירנהק, כשאין תמימות דעים ביחס לרצון האדם בחיים, זכויות המת, כבודו ופרטיותו הם לשון מכובסת לרצונות ולאינטרסים של אחרים. לכן, בבואנו לקבוע אם יש לשמור על פרטיותו/כבודו/זכויותיו של המת, יש להתייחס בחשדנות למילים הללו ולבחון האם הן משרתות אחרים. קביעה זו רלוונטית מאוד לעניינינו, שכן היא מבטאת את הקושי להכריע בדבר רצון הנפטר כשאין דרך להתחקות אחר רצונו, ונותרים רק כוחות מנוגדים שטוענים כי הם יודעים מהו רצון המת. לא מדובר בהכרח בכוחות בעלי כוונה רעה, וניתן לייחס זאת לבלבול שנלווה לפטירתו של אדם, כשברגעים הראשונים לא ברור מי אכן יודע מה היה רצונו ומי זכאי להמשיך ולקיימו. אולם הבלבול קיים עוד קודם ביחס לשאלה מה מרכיב את כבוד האדם החיישמת והוא אף בא לידי ביטוי בפסיקה:

53 השילוני-שולב, הקר ובוועז "רצון המת", לעיל ה"ש 37, בעמ' 32.

54 בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", לעיל ה"ש 35, בעמ' 63-66.

55 שם, בעמ' 64.

56 שם, בעמ' 65; עניין אלאקסא, לעיל ה"ש 4.

57 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא (נבו 6.7.1999).

58 בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", ה"ש 35 לעיל, בעמ' 106.

בעניין קסטנבאום<sup>59</sup> כלל השופט ברק תחת המונח "כבוד האדם" גם את כבוד האדם המת, וגם את כבוד קרוביו: "כבוד האדם אינו רק כבודו של האדם בחייו. זהו גם כבודו של האדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בליבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר".<sup>60</sup> כלומר, לשיטת ברק, ערך כבוד האדם חוסה גם על האדם החי, גם על האדם המת וגם על יקיריו. דהיינו רצון קרובי המת מעוגן לא רק בשל הכבוד השייך להם, אלא גם בשל כבוד המת עצמו.

בעניין בכרך<sup>61</sup> טען השופט חשין כי כבוד המת מחלחל מטה למי שנותר בחיים: "כבודו של אדם הוא, כבודו של המת הוא, כבודו של החי הוא, כנושא את כבוד המת [...]"<sup>62</sup>; ובעניין אלאקסא טענה השופטת פרוקצ'יה כי זכרו של הנפטר שלוב בכבוד המשפחה: "[...] טקס הקבורה, חלקת הקבר והמצבה שעליה, טכסי האזכרה וההתייחדות עם הנפטר, מגשימים גם את אינטרס המשפחה בכיבוד זכרו של הנפטר, השלוב בכבודם שלהם".<sup>62</sup> בעניין חב' החשמל אמרה השופטת ארבל כי כיבוד המת מקפל בחובו את זכות קרוביו להתאבל עליו:

כבוד המת הוא חלק מעקרון כבוד האדם [...] ככזה הגשמתו מצריכה לעתים פגיעה באינטרסים אחרים [...]. עקרון כיבוד המת, לא רק כציווי דתי אלא גם כנורמה וחובה חברתית, עניינו גם במתן האפשרות לאלה החיים – קרוביו, שארי בשרו, חבריו ומוקירי זכרו – לכבד את זכרו ולהתייחד עמו במקום בו הובא למנוחת עולם.<sup>63</sup>

בעניין שבטיט<sup>64</sup> התעוררה שאלה בעניין הכיתוב על מצבה והתקיים דיון ביחס לזכות של מי גוברת. השופט חשין דן בזכות הפרט המת מול זכות הכלל המת – יתר המתים בבית העלמין, תוך התעלמות מסוגיית המוות ותוך שהוא מתייחס למתים כחיים. השופט אנגלרד, לעומתו, הציג את המצב כעימות בין חברה קדישא שמייצגת את ציפיית החיים שמתו, לבין קרובי הנפטר שמייצגים את עצמם. מפסק הדין עולה הקושי האמיתי – בעיית הנציג. קבלת הטענה שרצון החיישמת הוא הערך המוגן, אינה פותרת את השאלה מי מייצג טוב יותר את החיים שמתו ויש צורך לבחון אם הטוענים לייצוג מונעים משיקולים של רצון החיישמת או משיקולים שלהם המכובסים בלשון כבוד המת. לטענת בירנהק, "במקרים שבהם האינטרסים המתורגמים ל'זכויות המת' חזקים דיים, יש לטעון בשמם ולהגנתם במישרין" וההצדקה לכיבוד רצון החיישמת היא אחת בלבד; לדבריו: "ראוי

59 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום פ"ד מו(2) 464 (1992).

60 שם, בעמ' 526.

61 בג"ץ 7583/98 בכרך נ' שר הפנים, פד"י נד(5) 832, 841 (2000).

62 עניין אלאקסא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 64.

63 בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, בעמ' 24 (נבו) (29.10.2007).

64 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא (נבו) (6.7.1999).

שהמשפט יגן על רצונם של החיים באשר הם חיים ולא באשר הם מתים. בכך החברה מכבדת את יחידיה המבקשים לקבוע בעצמם ולעצמם את חייהם ואת מותם.<sup>65</sup> כשאין דרך אפקטיבית להתחקות אחר רצון החיישמת, ערכוב הרגשות, האינטרסים והרצונות של הקרובים עלולים לגבור על רצונו. לכן, גם כשמוסכם שיש להכריע בהתאם לרצון החיישמת, היעדר דרך רשמית להביעו באופן שמחייב את הרשויות פוגע ביכולת להתחקות אחר רצון זה ובכך פוגם ביכולת להוציאו לפועל. מצב זה עלול להוביל לסכסוכים שאפשר היה להימנע מהם.

הדיון של עפרון בנושא הוא הקרוב ביותר לעניינינו; במסגרת הדיון מראה עפרון שבתי המשפט אימצו זה מכבר את מבחן רצון הנפטר.<sup>66</sup> עניין פלונית נ' פרידמן<sup>67</sup> הוא דוגמה טובה לכך. יממה לפני שהתאבדה, הפקידה מאי פלג צוואה בידי עורך דינה ובה הורתה לשרוף את גופתה לאחר מותה, לערוך טקס ולפזר את רוב האפר בים ואת יתרתו להטמין תחת עץ שישתל לזכרה. לאחר מותה של מאי התנגדה אימה לטל"מ שביקשה בתה, בטענה שהיא באה ממשפחה דתית ולכן חשוב לה לערוך קבורה כדת וכדין. בית המשפט העליון קבע כי גופתה של מאי תישרף בהתאם לרצון שהביעה בצוואתה. כך, לדברי השופט הנדל: "פלג הייתה כשירה לקבל החלטות בעת כתיבת צוואתה. האופן בו פעלה מהווה אינדיקציה ברורה לקיומו של רצון חופשי ומוצק. רצונה החופשי גובר על עמדת המשפחה"; ולדברי השופטת ברוך: "כיבוד רצון המת, לרבות זכותו על גופו, נטוע בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא חלק מזכותו של אדם לכבוד ולאוטונומיה [...] מאי פלג ז"ל הביעה את רצונה באופן נחרץ ובהיר, בקול צלול, עקבי וחד־משמעי – כי רצונה בכך שלאחר מותה תישרף גופתה".

מהאמור עולה כי אין חולק ביחס לזכות האדם החיישמת להורות על רצונו לטל"מ. אך דווקא המקרה של מאי פלג ממחיש עד כמה כלל זה אינו קל למימוש. בעניין פלונית נ' פרידמן, הרצון של המנוחה היה חד־משמעי וברור, ולמרות זאת הנושא הגיע למחלוקת בפני בית משפט, משום שכנגד רצון זה עמד האינטרס של אימה. אך המקרים הקשים והנפוצים יותר, הם המקרים שבהם הרצון של החיישמת אינו חד־משמעי או מחייב חילוץ על ידי פרשנות. כפי שאראה בהמשך, במקרים אלה קיימת נטייה לאמץ את עמדת קרובי הנפטר.

#### 4. הכוח שניתן לקרובי החיישמת כנגד רצונו

השילוני־דולב, הקר ובוועז דנים בשלושה מקרי בוחן העוסקים ברצון האדם החיישמת, ומראים כי יש הבדל בין ההלכה למעשה, ואף שהמשפט מקנה חשיבות רבה לרצון המת, בה בעת "קיימת נטייה מתחרה של דחיקת רצון המת מפני רצונם של הנותרים

65 בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", לעיל ה"ש 35, בעמ' 113.

66 עפרון "אפר ועפר", לעיל ה"ש 2, עמ' 224-232.

67 ע"א 7918/15 פלונית נ' פרידמן, בעמ' 3-6 (נבו 2015.11.24).

בחיים".<sup>68</sup> מה שמוביל לדידם לדחיקה הוא השאיפה לכבד את רצון הנותרים בחיים ולמנוע סכסוכים, וכך "נוצר פער בין הצהרת המשפט הישראלי [...] לבין המציאות המשפטית-רפואית שנוטה להתעלם מרצון המת או להבנות אותו ללא בסיס משכנע, בהתאם לאינטרסים של הנותרים בחיים".<sup>69</sup> להלן אציג אחד מהמקרים שבהם דן מאמרם של השילוני-דולב, הקר ובוועז, והוא תרומת איברים מהמת.

בתחילת שנות ה-80 של המאה הקודמת אימץ חוק האנטומיה והפתולוגיה ברירת מחדל ולפיה אדם מוחזק כמי שהסכים לתרומת איברים לאחר מותו, אלא אם כן התנגד לכך מפורשות בחייו או שבני משפחתו התנגדו לכך לאחר מותו. אולם, המרכז הלאומי להשתלות שהוקם בשנות ה-90 פעל במנוגד לחוק והחל לפנות עצמאית לבני המשפחה באופן שגורתי ועקבי (בין שהנפטר הביע רצון לתרום ובין שלא), וכך התהפכה הפרקטיקה מכוז שמאפשרת תרומה בהיעדר התנגדות של המשפחה לכזו שמחייבת הסכמה מפורשת שלה לצורך התרומה.<sup>70</sup>

השילוני-דולב, הקר ובוועז מתייחסים גם לכרטיס אדי, המעיד על רצון לתרום איברים. אולם מאחר שקיימת חקיקה המאפשרת למרכז השתלות לקבל הסכמה מאדם ליטול איברים מגופו, ומאחר שאין לכרטיס אדי מעמד רשמי מחייב, התבססה במרכז השתלות, לטענת הכותבים, פרקטיקה המנצלת את האפשרות לקבלת הסכמה, אך עושה בה שימוש לרעה בהתעלמות מכרטיס אדי המשקף את רצון החיישמת ופונה למשפחה, אף שאין לכך בסיס חוקי.<sup>71</sup> כלומר כיום, בין שחתם הנפטר על כרטיס אדי ובין שלא, איבריו יושתלו רק בהסכמה מפורשת של בני משפחתו.

מציאות שכזו, של היפוך ברירת המחדל מ"הסכמה לתרומת איברים אלא אם כן הוכח אחרת" לכזו של "התנגדות אלא אם כן הובע רצון מפורש", לצד היעדר מעמד רשמי לכרטיס אדי, אפשרה למרכז השתלות להתעלם מהחתימה ולהפוך את בני המשפחה לסמכות בלעדית בעניין. כוחה של ברירת המחדל ניכר בנקודה זו באופן ברור. במציאות שבה אדם נדרש להיות אקטיבי כדי להסכים לתרומה, יהיו פחות תרומות ממציאות שבה הוא נדרש להיות אקטיבי כדי לא להסכים. אולם גם במציאות שבה נדרשת אקטיביות כדי להסכים לתרומת איברים, לו היה לכרטיס אדי מעמד רשמי וכוחה של המשפחה להכריע בסוגיה של רצון החיישמת היה ניטל ממנה, הדבר היה משנה את מציאות תרומת האיברים בישראל.

המצב הקיים מאפשר לקרובי המשפחה של המת להכריע לגבי קבורתו, גם במקרים שבהם קיים חשש שהוא עצמו היה מעדיף קבורה שונה מזו שנבחרה על ידי קרוביו. כך למשל, במקרה של החייל שיצא בשאלה ונפל בקרב, אין בדינו דרך לדעת אם הוא היה מעוניין בקבורה צבאית או שמא היה סומך את ידיו על בחירת משפחתו החרדית,

68 השילוני-דולב, הקר ובוועז "רצון המת", לעיל ה"ש 37, בעמ' 34.

69 שם.

70 שם, בעמ' 36-39.

71 שם, בעמ' 34-36.

אשר את אורח חייה נטש. לטעמי, כדי למנוע חשש זה, יש לאפשר לחיילים להתייחס לסוגיה הזו בעת הגיוס.

### ה. הדרך הרצויה למימוש הבחירה של החי-שמת בטל"מ

סעיף 2 לחוק הקבורה האזרחית קובע זכות להביע בצוואה רצון חלופי לקבורה. אולם, בפועל, הוראה בצוואה אינה מסייעת להגשים את רצון הנפטר משום שהצוואה נפתחת רק אחרי הקבורה ומקוימת חודשים לאחריה. לפיכך, גם אם נכתבה בצוואה הוראה מסוימת לעניין קבורה, מימוש הרצון מותנה בכך שמישהו ידע על כך מראש ויפעל לקיים את ההוראה לפני מימוש הצוואה. יתרה מכך, נוכחנו לדעת כי גם כשמדובר בהורשה ואף שהרטוריקה היא של רצון הנפטר – עדיין, כשמתגלעים סכסוכים, בתי המשפט שואפים לפשרות המתחשבות ברצון הנותרים בחיים, דבר שעלול לפגוע ביכולת להגשים את רצון הנפטר במקרה של סכסוך. לכן, היות שצוואה אינה כלי אפקטיבי להבעת רצון בענייני טל"מ, הזכות לבחור "בכל דרך אחרת" המנויה בחוק אינה מעשית, שכן היא לא מגובה בחובה של המדינה לנהל מרשם רצונות נפטרים ובהסבר על היכולת להביע רצון לטל"מ. בשלב הראשון של פרק זה אציג את המהפכה שיצרה המדינה בתחום דומה, כאשר הסדירה מסלולים להבעת רצון בנוגע לסוף החיים. בשלב השני אציע כלי דומה להבעת רצון רשמי בנוגע לטל"מ.

### 1. האוטונומיה של האדם הזקן ביחס לסוף החיים – נגישות האדם ה"כשיר-לא כשיר" לצדק

המדינה הסדירה באופן מוצלח תחום משיק לסוגיה שלפנינו בעולם "סוף החיים". ההסדרה כללה הסדרה פוזיטיבית של קשת אפשרויות וכלי תכנון משפטי לסוף החיים, ולצידה הסדירה מסלול להבעת רצון רשמי. ההסדרה מאפשרת נגישות לצדק בשל מגוון האפשרויות הרחב של התכנון לסוף החיים שהיא מציעה לאנשים, בשל היכולת לבחור, ובשל החובה שהיא מטילה על גופי המינהל, הרווחה, הבריאות והכספים לברר ולכבד את הבחירה.

הסדרה זו התבטאה בתיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות משנת 2016.<sup>72</sup> התיקון הוא תוצאה של עבודה משמעותית של ארגוני זכויות אדם וזכויות זקנים בארץ ובעולם המערבי; תוצאה של התקדמות בדיון על האוטונומיה של האדם (ובפרט הזקן); ותוצאה של התקדמות הרפואה שהביאה להתארכות תוחלת החיים, ולאור ההבנה המתבססת כי ההתארכות מלווה לעיתים בסבל ואיכות חיים ירודה. ההסדרה הגיעה לשיאה בפסק דין של בית המשפט לענייני משפחה בחיפה,<sup>73</sup> שבו שופטת בעלת תושייה

72 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות ותיקון 18).

73 אפ' (משפחה חי') 15-01-43640 א.ב.נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 8.4.2015).



וראייה משפטית והומנית נדירה, פרצה סטטוס קוו של שנים, ומינתה תומכת בקבלת החלטות<sup>74</sup> לאישה זקנה שנדרשה לסיוע, והכול מבלי שהדבר היה מוסדר במפורש בחקיקה. במאמרם של מיטל סגל-רייך ומיקי שינדלר מתוארת הדרך שעברו הארגונים השונים במשך שנים בחיפושם אחר האישה המתאימה שבשמה יעתרו לבית המשפט;<sup>75</sup> העבודה הרבה שעשו מול לשכות הרווחה בפגישות והרצאות; בחירת המקרה המתאים שיוכל להגיע לבית המשפט המתאים ועם השופטת המתאימה, כדי שבסופו של תהליך יתגבש סיכוי להשתמש בסעיף כללי בחוק הכשרות לטובת יישום כלי שעוד לא היה קיים בחקיקה הישראלית.

תיקון 18 לחוק הכשרות הגיע לעולם לאחר פסק הדין בעניין היועמ"ש נ' פלונית הנ"ל, ולמעשה לאחר שהמחוקק השכיל להבין כי המהלך קורה איתו או בלעדיו וכי עדיף לו להצטרף.

הכלי של ייפוי כוח מתמשך (להלן: יפכ"מ) צבר תאוצה בשנים האחרונות והוא מבטא את השינוי שחל בעקבות התיקון, בעיקר בקרב האוכלוסייה המבוגרת, המאפשר לרבים להישיר מבט לעבר סוף החיים ולהבטיח כי רצונם ביחס לטיפול בהם ימומש.<sup>76</sup> יפכ"מ מאפשר לאיש ואישה, בעודם בכשירות, ליתן הוראות לטיפול בהם לאחר שכבר לא יוכלו לקבל החלטות בעניינים, וכן לקבוע מי יהיה האדם שינהל את עניינם (להלן ובהתאמה: הנחיות מקדימות, ממונה). יותר ויותר אנשים בגיל זקנה (אך לא רק) מקדישים מחשבה לשאלות של סוף החיים, משתפים את קרוביהם ברצונם, וממנים מיפוי כוח עתידיים שייכנסו לנעליהם המשפטיות כשלא יוכלו עוד להבין בדבר.<sup>77</sup> תוצאות התהליך

74 "תומכת בקבלת החלטות" הוא אחד מהכלים שמוסדו בתיקון 18 האמור, והוא מייצג מינוי ספציפי של איש או אישה על ידי בית משפט. מטרת המינוי היא סיוע לאדם לקבל החלטות ביחס לחייו (בהתאם להיקף המינוי), בדגש על שמירת כשרותו המשפטית. כלומר האדם נותר כשיר לבצע פעולות משפטיות ונהל את חייו, אך עושה הכול תוך שהוא מקבל סיוע במינוי בית משפט. התומכת אמורה לסייע לאדם להבין את המציאות ואת ההכרעות שהוא נדרש להכריע ביחס לעצמו. העובדה שמדובר במינוי מטעם בית המשפט מאפשרת פיקוח על התומכת.

75 מיטל סגל-רייך ומיכאל (מיקי) שינדלר "אפקט הפרפר: מפרקטיקה של אפטרופסות בןקנה אל קבלת החלטות נתמכת באמצעות עריכת דין לשינוי חברתי" מעשי משפט 129 ו 1 (2015). המאמר מדגיש את כוחו של שיתוף הפעולה של ארגוני זכויות אדם, ארגוני זכויות זקנים וקליניקות משפטיות.

76 את השינוי המתואר אני רואה יום-יום במסגרת עבודתי בקליניקה. בעבר הייתי מספרת ללקוחות על האפשרות של עריכת ייפוי כוח מתמשך. כיום לקוחות פונים אליי בנושא, וההסבר שאני מעניקה להם נובע מחובתי על פי חוק ולא מהצורך שלהם בהסדר, שכן אליי הם מגיעים לאחר שכבר שמעו וקראו על העניין. נוסף על כך, בשנים שחלפו מחקיקת החוק, נערכו השתלמויות רבות לעורכי דין והוסמכו עורכי דין רבים לעריכת יפכ"מ; השיח בקרב ארגוני הזקנים משקף את התפתחות התודעה של זקנים ביחס לכלי; וכן נערכו מחקרים על אנשים שייפוי הכוח המתמשך שלהם הופעל.

ראו מאמרם של דורון מלכה וישראל דורון "ביצוע ייפוי כח מתמשך על ידי אזרחים ותיקים: חוויה ומשמעות" גרונטולוגיה וגריאטריה מט 65 (2022) (להלן: מלכה ודורון "ביצוע ייפוי כח מתמשך"). וכן ראו מכון מאירס ג'וינט ברוקדייל דו"ח ייפוי כח מתמשך לזקנים ולאנשים עם ירידה קוגניטיבית, בחינת יישום תיקון 18 לחוק הכשרות המשפטיות והאפטרופסות (2022).

77 ס' 32א' לחוק הכשרות ותיקון 18, לעיל ה"ש 71: "מסוגל להבין בדבר – מי שמסוגל להבין בעניין מסוים ולקבל החלטות ביחס אליו".



מקבלות ביטוי ביפכ"מ שנחתם בפני עורך דין שעבר הסמכה ספציפית. מרגע שהופקד היפכ"מ באפוטרופוס הכללי, הוא בעל תוקף משפטי מחייב.<sup>78</sup> חוק הכשרות קובע כללים שבהתקיימם ייכנס היפכ"מ לתוקף, ועיקרם כי הממנה "חדל להבין בדבר".<sup>79</sup> מרגע הכניסה לתוקף מחזיק הממונה בזכות לנהל את ענייני הממנה ביחס לנושאים שהעביר לטיפולו.<sup>80</sup> היפכ"מ וההנחיות המקדימות יכולים להינתן באופן רחב או צר, וניתן להתייחס במסגרתם לכל סוגיה, החל מעמדה ובקשה לעניין טיפולים מאריכי חיים, דרך עמדה ביחס לסיידור מוסדי, וכלה ברצון להמשיך ולסדר שיער במספרה מסוימת או ברצון להמשיך ולפקוד את הפרלמנט השכונתי.<sup>81</sup> החובה לחתום על יפכ"מ מול עורך דין שעבר הכשרה והחובות המוטלות על עורך הדין, נועדו, בין היתר, להפחית סכסוכים, אולם הכלי מחזיק גם במנגנוני פיקוח ויישוב סכסוכים כדיעבד שמטרתם לאפשר חופש הנחיה לממנה, חופש פעולה לממונה, וכן הגנה על שניהם.<sup>82</sup>

את היפכ"מ מאפיינת האפשרות להביע כל רצון ובאופן חופשי, וגדולתו בכך שהוא מאפשר ליתן את הדעת לאחד הנושאים המפחידים והמטרידים ביותר שרובנו מעדיפים להתכחש לו, וכן להצהיר על כך בפני קרובינו. הכלי הוא תוצר של תהליך מיוחד וחשוב, ובשנים שחלפו מאז כניסתו לתוקף כבר הספיקו להיאסף מחקרים על חשיבותו, על יעילותו ועל תרומתו לרווחתם של אנשים ונשים בזקנה.<sup>83</sup> אולם אותו כלי נפלא עוצר בפתאומיות בכל הקשור למוות, שכן יפכ"מ, בתצורתו הנוכחית, אינו מאפשר מתן הנחיות מקדימות לטל"מ. ההוראות היחידות המתייחסות לרגע שלאחר סוף החיים נוגעות לזכות של הממונה להשתמש בכספים המנוהלים על ידו לצורכי קבורה.<sup>84</sup> חוק הכשרות אינו אוסר על אדם לתת הנחיות מקדימות בעניין טל"מ, אולם כל הנחיה מקדימה שתינתן בהקשר הזה נעדרת תוקף משפטי מחייב, שכן אין גוף שמחויב לבדוק קיומן של הנחיות מקדימות לקבורה או קיומו של ממונה לעניין בבואו להתחיל בתהליך הקבורה.<sup>85</sup>

78 כך לדוגמה, בהתאם להוראת ס' 33א(א) לחוק הכשרות, בבואו של בית משפט למנות אפוטרופוס, עליו לוודא כי בעניינו של מי שמבקש למנות לו אפוטרופוס לא הופקד ייפוי כוח מתמשך.

79 אינו מסוגל לקבל החלטות בעניינו ולנהל את חייו.

80 ס' 132' לחוק הכשרות ותיקון 18, לעיל ה"ש 71.

81 הדוגמאות שהובאו לעיל נלקחו מהעבודה השוטפת ומהמפגש עם אנשים בזקנה שעורכים ייפוי כוח מתמשכים.

82 ס' 132' לחוק הכשרות ותיקון 18, לעיל ה"ש 71.

83 מלכה ודורון "ביצוע ייפוי כוח מתמשך", לעיל ה"ש 75.

84 ס' 32'כד' לחוק הכשרות ותיקון 18, לעיל ה"ש 71.

85 תיאורטית, ניתן היה לחשוב על הרחבת הפרשנות של היפכ"מ כך שיחול גם על טל"מ באופן שיאפשר לאדם לתת הנחיות מקדימות לכך במסגרתו ויחייב את הממונה לקיים את רצונו, וזאת באמצעות ס' 32'כד(ב) אשר מעניק לממונה הארכת סמכויות למשך 90 יום לאחר הפטירה לצורך תשלום הוצאות סבירות מכספי הממנה לצורכי קבורה ואבלות, אולם אפשרות זו טומנת בחובה אתגרים רבים: ראשית, הדבר לא נכתב במפורש בסעיף, הכשרתם של עורכי הדין בתחום כלל לא עוסקת בסוגיה הזו והדבר גם לא שוקק במסגרת מסעות השיווק של המדינה לכלי. שנית, ספק אם בית משפט יכיר בפרשנות המרחיבה הזו שכן ברור שלא לכך כיוון המחוקק. כוונת המחוקק הייתה לפעולות של אדם אשר איבד את כשרותו במהלך חייו, ולא לאחר מותו.

בתחילת הדרך לא הייתה מודעות בציבור לקיומו של הכלי, ורבים חשבו שהאפשרות היחידה במצב של היעדר כשירות היא מינוי אפוטרופוס. אולם המדינה הייתה מעוניינת להכניס את הכלי לשימוש נרחב, בעיקר בקרב האוכלוסייה המבוגרת, ולכן נקטה כמה צעדים, ביניהם: הכשרה מסיבית של עורכי דין שהוסמכו להחתיים על יפכ"מ; קמפיינים של הסברה על אודות הכלי ועל חשיבותו; השתלמויות שופטים ורופאים כדי שיכירו את הכלי ויוכלו להמליץ עליו. לצד יצירת החלופה, הונגש הידע עליה, מוסדו דרכים נגישות להוציאה לפועל וגם הן פורסמו והונגשו, ותוצאות המהלכים הללו ניכרות בקרב אוכלוסיית הזקנים ות.

האם עצם הסדרת החלופה והנגשתה יצרו את הצורך או רק אפשרו לו לקבל ביטוי? קשה לומר. כל עוד אין יכולת רשמית להביע רצון, סביר שנימצא במסלול מעגלי שבו לא נוכל לדעת את הסיבה לכך שאנשים לא פונים לחלופות. כפי שנטען, רק הסדרת מסלול להבעת רצון תפתח שיח סביבו ותאפשר לפרטים להתחיל לדבר עם סביבתם ולתת את הדעת לשאלה "מה אני רוצה?", ואז עשוי להתחיל לחץ ציבורי שיוביל להרחבה ולמיסוד של החלופות. אין מדובר בחלומות בהקיץ, אלא בתהליך שהתרחש בשנים האחרונות.

## 2. הסדרת כלי להבעת רצון רשמי לטיפול לאחר המוות כאמצעי להבטחת נגישות האדם החיישמת לצדק

המאמר מבקש להראות כי גם כשאין איסור על חלופות; גם כשקיימות חלופות מוסדרות; וגם במציאות של אימוץ מבחן רצון הנפטר – עדיין האדם החיישמת אינו נהנה מנגישות לצדק ביחס לטל"מ.

כשאין זכות להביע רצון לטל"מ באופן שיבטיח מימושה לאחר המוות, בפועל אין זכות לבחור בטל"מ, והדבר מהווה פגיעה בנגישות של איש ואישה לצדק, בעודם בחייהם. העלאת המעמד של הבעת רצון לטל"מ ממעמד של חירות למעמד של זכות מחייבת, תאפשר לנפטרים נגישות לצדק.

אני סבורה שיש לקדם תיקון חקיקה שלא ייעצר בקביעה כי אדם יכול לבחור את אופן קבורתו, אלא יתקדם ויסדיר את האופן שבו ניתן להצהיר על רצון חלופי לברירת המחדל.<sup>86</sup> תיקון החקיקה יחייב יצירה של מאגר מידע רשמי, שיכיל את ההצהרות, יעניק להן תוקף כלפי כולל-עלמא, ויחייב את הגורמים המוסמכים להיכנס למאגר ולברר אם קיימות הוראות לטל"מ בטרם תחילת תהליך הקבורה.

86 במאמר זה לא עסקתי בסוגיית המקומות הפנויים לקבורה. בעשורים האחרונים החלה המדינה להפנים את המחסור במקומות קבורה וזו גם הסיבה לקיום חלקי בלבד של החובה המוטלת עליה להכשיר בתי עלמין לקבורה אזורית. מצוקת המקום הזאת הולידה פרקטיקה של ביקוש והיצע, כך שכל בית עלמין מציע את הקבורה "בחינם" שהוא מחויב להציע באופן אחר. במרכז הארץ רווחת יותר קבורה בקומות וקבורה בקיר (שתיהן סוגים שונים של קבורה רוויה כפי שהוא מוגדרת בחוק לשירותי הדת), ובפריפריה עדיין שכיחה קבורת שדה רגילה.

בכוחו של תיקון של כזה לקדם תהליכים בריאים של סוף החיים, שבמסגרתם האדם העומד למות ישוחח על רצונותיו עם סובביו וילך לעולמו בתחושה רגועה כי רצונותיו יכובדו; להפחית סכסוכים ולתמוך באינטרס ציבורי שמבקש להתייחס לרצון הנפטר, במטרה לסייע לנו כחברה להבחין בינו לבין רצון/אינטרס המשפחה;<sup>87</sup> כמו כן, התיקון יצמצם פרקטיקות שיפוטיות המושפעות מערכים של מניעת סכסוכי משפחה ולא בהכרח מרצון להתחקות אחר רצון הנפטר.<sup>88</sup> בענייני טל"מ יש חשיבות גבוהה לבהירות רצון החיישמת שכן התמשכות הליכי בירור הרצון עלולים לגרום לכך שהוא לא יקום.

משלושת מקרי המבחן שהוצגו במאמרם של השילוני-דולב, הקר ובוועז עולה, כי יש משקל גבוה לרצונות ולאינטרסים של הנותרים בחיים. תרומת איברים היא המקרה הקיצוני ביותר, שבו זכות ההחלטה והווטו ניתנת למשפחה; בקצירת זרע מן המת קבועה ברירת מחדל שמעניקה להם כוח; ובעניין הורשה, אף שהחוק וגם הפסיקה מדברים על כיבוד רצון המת, בפועל, בהתגלעות סכסוך, מעדיפים בתי המשפט לשמור על לכידות המשפחה ומכריעים לפי האינטרסים של הנותרים בחיים ובכך מאפילים על רצונו של הנפטר,<sup>89</sup> ומרגע לכתו הופכים קרוביו לסוכנים של רצונו בממלכת החיים.<sup>90</sup> ממקרי המבחן הללו יש, לדעתי, ללמוד כי בהליך של הבעת רצון של האדם החיישמת באופן כללי, ובפרט בענייני טל"מ, יש לייצר מסלול הבעת רצון רשמי לצד מנגנונים שיפחיתו סכסוכים והתדייניות כפי שהונהגו בכלי של יכ"מ.

הסדרה כזו יכולה להתבצע במסגרת אחד מהחוקים הבאים: חוק שירותי דת יהודיים; חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית; חוק הכשרות המשפטית. להלן אעמוד בקצרה על היתרונות והחסרונות של כל אחת מהחלופות.

**חוק שירותי הדת היהודיים** הוא החוק המרכזי העוסק בקבורה בישראל, ולכן יש היגיון בהכנסת התיקון לגדרו. אולם, מדובר בחוק העוסק בזכות לקבורה של נפטרים יהודים, ולא לחלופה לקבורה או לקבורה דתית אחרת. אי לכך ייתכן כי נכון יותר להכניס את התיקון לגדרו של **חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית**, הקובע את הזכות החלופית לקבורה ומתייחס לקבורה אזרחית שרלוונטית לכל הדתות והעדויות. אולם התיקון המוצע לא מתייחס רק לסוגיה ההלכתית והדתית של הקבורה, אלא גם לזכות להביע רצון שלא להיקבר, רצון שלא להיקבר בקבורה רוויה, או כל רצון אחר שאינו קשור בהכרח לעניין הדתי. משכך, לדעתי, המקום המתאים ביותר להכנסת התיקון המוצע הוא **בחוק הכשרות המשפטית**, שאומנם לא עוסק בקבורה באופן ישיר, אולם מתייחס לכשירותו המשפטית של אדם, ולאחר תיקון 18 גם לזכות לקבוע כיצד ייראו חייו כשיחדל להבין בדבר. חוק זה גם מקים חובה של המדינה לאפשר הבעת רצון כלפי כולל-עלמא באופן משפטי מחייב, כפי שאני סבורה שיש לעשות גם בתחום הטל"מ.

87 בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", לעיל ה"ש 35, בעמ' 85-86.

88 השילוני-דולב, הקר ובוועז "רצון המת", לעיל ה"ש 37, בעמ' 47.

89 שם, בעמ' 50.

90 שם, בעמ' 51.

ניתן גם לאמץ חלקים נוספים מכלי היפכ"מ לתוך הכלי המוצע במאמר. לדוגמה: בתוך מגוון הוראות חוק הכשרות של היפכ"מ, מצויות כאלה המסדירות כיצד על מיופה כוח לקבל החלטות,<sup>91</sup> והוראות דומות קיימות גם ביחס לאפוטרופסות. ראשונה היא הוראת החוק השולחת את מיופה הכוח לרצון, כפי שהובע בעת החתימה; ככל שהרצון לא הובע במפורש, נדרש מיופה הכוח לנסות לברר את הרצון; ואם לא עולה בידו לעשות כן, הוא נדרש להתחקות אחריו ומונחה כיצד לעשות כן. רק כאשר לא ניתן להתחקות אחר הרצון, מורשה הממונה לפעול לפי טובת האדם, כפי שהוא מביין אותה. הוראות החוק אומנם מציגות כללים עקרוניים יפים שקשה בזמן אמת לפרוט ולנתק מעמדת הממונה, וסביר כי פרשנותו לרצון הממנה נגועה בעמדותיו ובהשקפת עולמו, אולם כוחה של הוראת חוק זו אינה דווקא ביכולת לקיימה אלא בהצגת עקרונות מנחים שיש לשאוף אליהם. המחוקק שם את רצון האדם בשעת כשירות מעל לכול וסבור כי רצונו ראוי להגנה ולמימוש גם כשהוא אינו עוד בעל כשירות.<sup>92</sup> לטעמי, יש לאמץ בדיוק את אותה הפרקטיקה בענייננו.

רישום רשמי של רצון לטל"מ צריך שייעשה על ידי עורך דין שהוסמך לכך (כדומה ליפכ"מ), ובנוכחות מי שהממנה מעוניין שיהא שותף לתהליך או אחראי על מימושו. הליך כזה צריך להיות מעוגן בחוק, ויחייב את המדינה לבדוק את רצון החיישמת ולפעול על פיו לפני התנעת ברירת המחדל של הקבורה הדתית. רק בדרך זו יתאפשר מיצוי הזכות לטל"מ בהתאם לרצונו של החיישמת. רק בדרך זו תינתן לחיישמת נגישות לצדק.

## סיכום

במאמר זה טענתי כי בדין הישראלי משתמעת זכותו של אדם להיקבר, קבורה דתית או חילונית, וכי לצידה קיימת חובה, משתמעת גם כן, של המדינה לבצע ולממן את הקבורה, מלכתחילה או בדיעבד. עוד טענתי כי הבחירה מראש בטל"מ חלופי אינה אסורה ולכן ניתן לסווגה כחירות בלבד, שכן אין בצידה חובה לבצע את הטיפול, וגם אין חובה של המדינה לאפשר הבעת רצון מקדים לו. אומנם המדינה שותקת ביחס לעצם הזכות לטל"מ חלופי, אולם כפי שנטען – מדובר בחירות שבתי המשפט מכירים בה. אני סבורה כי יש להעלות את החירות לבחור בטל"מ חלופי, או בטל"מ הקבוע כברירת המחדל, ממעמד של חירות למעמד של זכות, שממנה תיגזר חובתה של המדינה לאפשר את הבעת הבחירה מראש באופן רשמי וכן הוצאתה לפועל. חובה זו לא קיימת כרגע, ולדעתי, יש לבססה לאור כל הסיבות שפורטו במאמר.

עוד טענתי כי כפי שהמדינה כבר הכריעה ביחס לזכות לקבל החלטות בזמן כשירות באשר לאופן שבו ינוהלו ענייניו של אדם לאחר שתאבד לו כשירותו, כך יש לאפשר לאדם להביע רצון בחייו, ביחס למה שייעשה בגופתו לאחר מותו. בשני המצבים האדם

91 הבולטת שבהן קבועה בס' 332' לחוק הכשרות.

92 בהתאם לתיאוריית הרצון והאינטרס של בירנהק. בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים", לעיל ה"ש 35, בעמ' 63-69.

נעדר סובייקטיביות בשעת קיום רצונו, והשוני המרכזי הוא בעובדה שבמצב אחד (יפכ"מ) הוא עדיין חי בעת קיום רצונו, ובמצב האחר הוא מת בעת קיום רצונו.

הרחבת אפשרויות הטל"מ והסדרתן החוקית כהצעתה של עפרון (שבה אני תומכת), לא תושיע לטעמי את בתי המשפט מהסכסוכים המגיעים לפתחם, שכן כל עוד אין כלי רשמי ופומבי להבעת רצון, הסדרת חלופות לא תעזור, ולמעלה מכך – הסדרה חוקית של חלופות וזכות לבחור בהן תלויה, כפי שטענתי במאמר, בהסדרת הזכות להביע רצון באופן רשמי.

מאחר שיש הצדקה להגנה על הציפייה של אדם כי רצונו ביחס לטל"מ חלופי יכובד; מאחר שיש אינטרס חברתי לשמור על האינטרסים של האדם החיישמת; היות שהמחוקק והמדינה כבר הכריעו ביחס למקומו העליון של אדם בשעת כשירות; והיות שמערכת המשפט הביעה דעתה וקבעה שיש להעמיד את רצון החיישמת במעמד של זכות – כל שנותר הוא לאפשר את אותה נגישות לצדק, כלומר את האפשרות המעשית להוציא לפועל את רצון החיישמת.

זה צודק, זה נכון וזה יעיל.